Die
Rechtsbehelfe des Schuldübernehmers
bei Anfechtbarkeit des Urschuldverhältnisses.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Hans Schlesinger

Referendar.

ACAD. LUGDUNAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543112_0049

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
	Einleitung	1
§ 1.	Begriff der Einwendung	3
§ 2.	Die geschichtliche Entwicklung der Einrede	8
§ 3.	Die Einrede nach heutigem Recht	19
§ 4.	Die Anfechtung wegen Betruges im römischen und gemeinen Recht	29
§ 5.	Die Anfechtung nach heutigem Recht	33
§ 6.	Einrede und Anfechtung im Vergleiche miteinander	34
§ 7.	Das Anfechtungsrecht enthält kein Einrederecht	39
§ 8.	Die Deliktseinrede aus der arglistigen Täuschung	48
§ 9.	Der Übergang des Anfechtungsrechtes auf den Schuldübernehmer nach römischem und gemeinem Recht	52
§ 10.	Die Gegenrechte im allgemeinen	58
§ 11.	Die Übertragbarkeit des Anfechtungsrechtes, insbesondere sein Übergang auf den Schuldübernehmer	61

Literaturverzeichnis.

Adler im Archiv für bürgerliches Recht 1890 Bd. 3.

Bähr, Über die Verträge zugunsten Dritter. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 67.

Bähr, Über die sogen. Verträge zugunsten Dritter. In Jherings Jahrbüchern Bd. 6.

Bähr, Urteile des Reichsgerichts. 1883.

Bekker, Aktionen des römischen Privatrechts.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts.

Bekker, Zur Lehre von den Legisaktionen. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Rom. Abt. Bd. 25.

Beseler, Deutsches Privatrecht.

v. Bethmann Hollweg, Zivilprozeß.

Blum in Jherings Jahrbüchern Bd. 39.

v. Blume, Novation und Delegation. 1895.

v. Blume, Zur Schuldübernahme. In Jherings Jahrbüchern Bd. 40.

Bluntschli, Deutsches Privatrecht. 3. Aufl.

Brattig, Die kumulative Schuldübernahme. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1907.

Bruck, Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte. Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von Leonhard, Heft 2.

Bucerius, Erörterung des Begriffs exceptio, Einrede und Einwendung. Göttinger Preisschrift 1899.

Burchardi, Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1900.

v. Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen. 1905.

Danz, Die Forderungsüberweisung. 1886.

Danz in Jherings Jahrbüchern Bd. 19.

Davidsohn, Die Schuldübernahme als Zahlung. Breslauer Diss. 1896.

Delbrück, Die Übernahme fremder Schulden. 1853.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dernburg, Pandekten.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. 1897.

Detert, Die Schuldübernahme und ihre Wirkung nach den §§ 414 ff. BGB. Rostocker Diss. 1908.
Eisele, Die materielle Grundlage der exceptio. 1871.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1908 und 1909.
Entwurf eines ungarischen allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Fassung. Budapest, Karl Grill & Co., 1901.
Entwurf betr. die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechts.
Fels, Der Einredebegriff nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und sein Verhältnis zum Anfechtungsbegriff. Rostocker Diss. 1903.
Fischer in Jherings Jahrbüchern Bd. 34.
Fischer, Recht und Rechtsschutz. 1889.
Fischer, Preußisches Privatrecht.
Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.
Flume, Die Theorien der Passivsukzession. Erlanger Diss. 1896.
Fontheim, Das Anfechtungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.
Friedenthal, Einwendung und Einrede. 1898.
Gareis, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Gareis, Die Verträge zugunsten Dritter. 1873.
Geier, Der Begriff der Einrede nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jenaer Diss. 1901.
Girard, Geschichte und System des römischen Rechts, übersetzt von v. Mayr. 1908.
Glück, Erläuterungen der Pandekten. Bd. 4.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1901.
Gradenwitz, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. 1887.
Graeffner, Die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede. Göttinger Diss. 1905.
Gürgens in Jherings Jahrbüchern Bd. 8.
Hasenöhrl, Österreichisches Obligationenrecht. Bd. 2. Wien 1890.
Heil, Die Lehre von der Schuldübernahme. Rostocker Diss. 1903.
Hellmann, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht. 1900.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. 1899.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1903.
Herold in Gruchots Beiträgen Bd. 3.
Heymann, Das Vorschützen der Verjährung. Breslau 1895.
Hölder, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Hölder im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 93.
Hölder in Buschs Zeitschrift Bd. 29.
Hölder, Die richterliche Herabsetzung einer Vertragsstrafe. Im Recht 1900.
Horn, Schuldübernahme. Wien 1902.

Jahn, Wie gestaltet sich die Anfechtung eines zweiseitigen Vertrages? Jenaer Diss. 1902.
Jakubetzki, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Kah, Die Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In der Zeitschrift für französisches Zivilrecht Bd. 30.
Karlowa, Das Rechtsgeschäft.
Kaufmann, Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht. In der Festgabe der Juristischen Gesellschaft für Koch. Berlin 1903.
Kleinecke, Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme und Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger in ihrem Verhältnis. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1907.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Krettner, Die Schuldübernahme. Münchener Diss. 1899.
Kunze, Die Obligationen und die Singularsukzessionen. 1856.
Künzel in Gruchots Beiträgen Bd. 41.
Langheineken, Anspruch und Einrede. 1903.
Lenel, Über Ursprung und Wirkungen der Exzeptionen. 1876.
Lenel, Der Prätor in der legis actio. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Rom. Abt. Bd. 30.
Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.
Lippmann, Beiträge zur Theorie der Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 107.
Martinius, Gutachten aus dem Anwaltsstande. Heft 8.
Matthiaß, Bürgerliches Recht.
Menzel, Zur Lehre von der Schuldübernahme. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 11.
Mitteis in Jherings Jahrbüchern Bd. 28.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht.
Münster, Über die Singularsukzession in Schulden. Göttinger Diss. 1893.
Oertmann, Allgemeiner Teil. 1908.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch.
Protokolle der 2. Lesung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis.
Rauchenberger, Die Einwendung aus dem Rechte Dritter. Jenaer Diss. 1904.
Regelsberger in Endemanns Handbuch des Handelsrechts. 1882.
Regelsberger in Jherings Jahrbüchern Bd. 39.
Regelsberger in Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung usw. Bd. 28.
Regelsberger, Pandekten.
Regelsberger, Über die Verträge zugunsten Dritter. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 67.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen.
Reichel, Die Schuldmitübernahme. 1909.

Salinger, Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme. In Kohlers Archiv Bd. 28.
Salkowski, Zur Lehre von der Novation.
v. Salpius, Novation und Delegation. 1864.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts.
Schippan, Wirkungen und Wesen der Anfechtung. Breslauer Diss. 1908.
Schloßmann, Die Lehre vom Zwange. 1874.
Schlottmann, Die Anfechtbarkeit nach römischem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Rostocker Diss. 1901.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 1906.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 1904.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse.
Schurter, Die Theorie der Schuldübernahme. In der Zeitschrift für schweizerisches Recht Bd. 42.
Seckel, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In der Festgabe für Koch. Berlin 1903.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis. 1903.
Siber in Jherings Jahrbüchern Bd. 50.
Sintenis, Zivilrecht.
Sohm, Institutionen.
Sprenger, Über dolus causam dans und incidens. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 88.
Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. Sonderabdruck aus der Festgabe für Dernburg. 1900.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1909/10.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 2.
Strohal, Schuldübernahme. Jena 1910.
Suppes, Der Einredebegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipziger Diss. 1902.
Teilentwürfe der Redaktoren des Allgemeinen Teils und des Allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse.
Thibaut, Pandekten.
Thon in Jherings Jahrbüchern Bd. 28.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht.
Thöl, Handelsrecht.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1910.
v. Tuhr, Besprechung der Hellwigschen Verträge. In den Kritischen Vierteljahrsschriften Bd. 43.
Unger, Die Schuldübernahme. 1889.
Vangerow, Pandekten.
Weißmann, Die Aufrechnung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Buschs Zeitschrift Bd. 26.
Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht.

Wendt im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 103.
Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. 1908.
Windscheid, Die Actio. 1856.
Windscheid, Die Singularsukzession in Obligationen. In der Kritischen Überschau Bd. 1.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
Wlassak, Der Ursprung der römischen Einrede. In der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich 1910.
Wlassak, Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Rom. Abt. Bd. 25 u. 28.
Zaun, Zur Lehre von der fingierten Zession. Im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 1.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil. 1900.
Zitelmann, Internationales Privatrecht.

Einleitung.

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit dem Institut der Schuldübernahme, einem Rechtsgebilde, das keineswegs auf eine lange Geschichte zurückblicken kann. Die ersten Anfänge einer Erörterung in der Wissenschaft über die Schuldübernahme finden wir in Delbrücks ebenso berühmt gewordenem wie heftig befehdetem Werke „Die Übernahme fremder Schulden". Seit dem Erscheinen dieser Schrift wogte der Kampf hin und her und hatte auch zur Zeit, als die Vorarbeiten für das Bürgerliche Gesetzbuch beendigt waren, noch nicht seinen Abschluß gefunden. Man hat das Institut, so gut es damals angängig war, geregelt, weil man es natürlich bei einer Kodifikation des bürgerlichen Rechtes nicht umgehen konnte, ohne jedoch hindern zu können, daß die Wissenschaft weiter nach Klarheit suchte. Gerade die letzten Jahre haben auf unserem Gebiete verdienstvolle Arbeiten hervorgebracht, die eine Klärung der mannigfaltigen Streitfragen herbeiführen wollen. Denn wie Strohal[1]) richtig bemerkt, gibt es zurzeit kaum ein Gebiet im ganzen Schuldrecht, auf dem nicht nur in Einzelfragen, sondern in den Grundfragen eine größere Unsicherheit herrschte als auf dem der Schuldübernahme. Eine solche Einzelfrage, die bereits öfters flüchtig berührt, bisher aber nie systematisch untersucht worden ist, soll uns beschäftigen, nämlich die, welche Rechtsbehelfe der Schuldübernehmer hat, wenn das Urschuldverhältnis durch Betrug oder Irrtum zustande kam, z. B. welche Rechtsbehelfe der Übernehmer einer Kaufschuld hat, wenn sich herausstellt, daß der Kaufvertrag durch arglistige Täuschung des Käufers seitens des Verkäufers zustande kam.

---

[1]) Strohal a. a. O. S. 191.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst suchen wir vergebens eine ausdrückliche Regelung dieser Frage. Jedoch weisen uns die spärlichen Bestimmungen des Gesetzes den Weg, den wir zu gehen haben, um eine Lösung zu finden.

Wir werden uns hierbei auf das Gebilde der privativen (translativen) Schuldübernahme beschränken. Wir befinden uns nämlich hier noch auf einigermaßen sicherem Boden, während die kumulative Schuldübernahme wieder an sich zu so vielen Zweifelsfragen Anlaß gibt, daß deren Behandlung den Rahmen dieser Arbeit bei weitem überschreiten würde. Es ist aber auch zweifellos, daß die Lösung der Frage für die privative Schuldübernahme präjudiziell ist für die gleiche Frage bei kumulativer Schuldübernahme.

Nach § 414 BGB. „tritt der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners". Der Gläubiger muß also die Forderung, die er bisher nur gegen den Altschuldner hatte, von jetzt an gegenüber dem Übernehmer geltend machen. Während § 414 den Grundsatz der Singularsukzession statutiert, gibt uns § 417 Aufschluß über die Lage des nunmehrigen Schuldners. Was hier vor allem auffällt, ist die Beziehung auf den Urschuldner, so daß ganz von selbst sich für uns die Frage ergibt, was der Urschuldner tun könnte, wenn der Gläubiger von ihm die Schuld eingefordert hätte. Der Kauf, wenn wir bei diesem Beispiel bleiben wollen, ist durch arglistige Täuschung zustande gekommen, und das vornehmste Mittel, um die Folgen eines solchen Vertrages von sich abzuwenden, gewährt das Bürgerliche Gesetzbuch dem Betrogenen in § 123 durch Anfechtung seiner Erklärung. Eine ausdrückliche Bestimmung, durch die dem Schuldübernehmer das Anfechtungsrecht übertragen würde, suchen wir vergebens im Gesetzbuche. Soll also auch ihm diese Rechtswohltat zuteil werden, so müßte sie sich durch Interpretation aus den beiden uns zur Verfügung stehenden §§ 414 u. 417 ergeben. Wir werden also folgende Fragen zu erledigen haben:

1. Was bedeutet der Ausdruck „Einwendungen" im § 417?
2. Fällt das Anfechtungsrecht unter diese Einwendung?

3. Stehen dem Übernehmer andere Einwendungen zur Verfügung?
4. Wenn dies nicht der Fall ist, ergibt sich aus der Stellung des Übernehmers von selbst, daß ihm das Anfechtungsrecht zusteht?

Im Verlaufe unserer Arbeit werden wir uns, wie bereits erhellt, mit dem Begriff der Einwendung und mit dem ihm nahestehenden Begriff der Einrede zu befassen haben. In dem Bestreben, überall die geschichtlichen Momente zu berücksichtigen, werden wir uns auch mit der Geschichte der Einrede zu beschäftigen haben. Wenn dieser Teil der Arbeit eine längere Abschweifung vom eigentlichen Thema zu bedeuten scheint, so mag zur Entschuldigung dienen, daß es sich um eine der interessantesten und vielumstrittensten Fragen der gemeinrechtlichen Wissenschaft handelt, an der auch wir nicht vorübergehen wollten, zumal da die Forschung auf diesem Gebiete gerade in den letzten Jahren neue Ergebnisse gezeitigt hat.

Wir wenden uns nun zunächst zu dem

§ 1.

Begriff der Einwendung.

Der Begriff „Einwendung“ kommt sowohl in der Zivilprozeßordnung wie im Bürgerlichen Gesetzbuche vor. Da die Zivilprozeßordnung das ältere Gesetz ist und daher im Zweifel anzunehmen sein wird, daß der Begriff der Zivilprozeßordnung in das Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen sein wird, wollen wir zunächst untersuchen, welche Bedeutung die „Einwendung“ in der Zivilprozeßordnung hat. Stellen wir einige Fälle zusammen, so kennt die Zivilprozeßordnung in § 162 „Einwendungen“ gegen das Protokoll. Die Klage auf Abänderung eines Urteils (§ 323 ZPO.) ist nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf welche sie gestützt wird, erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, in der die Geltendmachung von „Einwendungen“ spätestens hätte erfolgen müssen, entstanden sind. In § 597 Abs. 2 widerspricht der Beklagte der Klage auf Grund von „Einwendungen“, welche

rechtlich unbegründet oder im Urkundenprozesse unstatthaft sind. Nach § 598 sind „Einwendungen“ des Beklagten, wenn der dem Beklagten obliegende Beweis derselben nicht mit den im Urkundenprozeß zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt ist, als im Urkundenprozesse unstatthaft zurückzuweisen. § 732 bringt die „Einwendungen“ des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, § 766 „Einwendungen“, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen, § 797 „Einwendungen“, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, wenn es sich um die vollstreckbare Ausfertigung gerichtlicher oder notarieller Urkunden handelt. Wir sehen ein buntes Gemisch von Fällen. Der Ausdruck „Einwendungen“ ist ganz farblos. Die Zivilprozeßordnung hat ihn nicht definiert und konnte dies auch schwerlich. Er bezeichnet eine dem Kläger bezw. Gläubiger feindselige Behauptung, die sich gegen Anspruch und Verfahren richten kann.

Diese Behauptung kann die Klagetatsachen verneinen oder sie bestehen lassen und nur die Folgerungen aus ihnen bestreiten, kurzum jede Bemängelung kann als Einwendung angesehen werden.

Enger ist der Begriff der „Einreden“ in der Zivilprozeßordnung. Auch sie sind Bemängelungen und fallen somit unter den Begriff der Einwendungen; sie richten sich aber nicht gegen den Klagegrund, sondern lassen diesen unberührt, stellen ihm aber Gegenbehauptungen gegenüber, „die die Ableitung des Klageanspruchs aus dem tatsächlichen Vorbringen des Klägers ausschließen“.[1]) Vergleichen wir §§ 146, 278, 597 Abs. 1 ZPO., immer finden wir, daß die Einrede „sich auf einen außerhalb der Klagebegründung liegenden Teil des sachlichen Kognitionsstoffes bezieht“.[2])

Betrachten wir nun, nachdem wir die Terminologie der Zivilprozeßordnung festgestellt haben, das Verhalten des Be-

---

[1]) Schmidt a. a. O. S. 395.

[2]) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 98.

klagten im Prozesse, so kann es sich folgendermaßen gestalten. Er kann die Klagetatsachen leugnen oder denselben abweichende positive Behauptungen entgegenstellen. Es würde sich dann um Einwendungen, aber nicht um Einreden im Sinne der Zivilprozeßordnung handeln. Er kann aber auch den Klagegrund unbestritten lassen und dem Kläger Behauptungen entgegensetzen, die das Dasein des klägerischen Rechtes verneinen. Diese Behauptungen wären Einwendungen, aber auch Einreden. Diese „rechtsverneinenden Einwendungen" können nun dahin gehen, ‚der Tatbestand, aus dem regelmäßig auf das Dasein des klägerischen Rechtes geschlossen werde, liege zwar vor, habe aber einen besonderen Mangel, der seine Wirkung von vornherein ausgeschlossen habe".[1]) Man spricht hier gewöhnlich von der Behauptung „rechtshindernder Tatsachen".[2]) Als Beispiel seien genannt: mangelnde Zurechnungsfähigkeit eines Kontrahenten oder Fehlen des guten Glaubens in den Fällen der §§ 932, 937 BGB. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) oder gegen die guten Sitten (§ 138), Simulation (§ 117), Scherz (§ 118). Oder der Beklagte kann behaupten, „das klägerische Recht sei zwar entstanden, aber wieder erloschen", sei es durch Erfüllung oder Erlaß oder Aufrechnung oder Anfechtung. Hier spricht man von der Behauptung „rechtsaufhebender" oder „rechtsvernichtender" Tatsachen. Endlich kann der Beklagte unter Zugeben des klägerischen Rechts geltend machen, daß ihm ein Recht zustehe, die gerichtliche Durchführung des klägerischen Rechtes zu hemmen. Es handelt sich hier um die Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Auch sie fällt als Bemängelung unter den Begriff „Einwendung", zugleich aber auch unter den Begriff der „Einrede" im Sinne der Zivilprozeßordnung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet nun ebenfalls den Namen der Einwendung (§§ 334, 404, 417, 774, 792, 796, 1148, 1158, 1344, 1435). Es ist nicht einzusehen, warum — natürlich mit der Maßgabe, daß es sich in der Zivilprozeßordnung

---

[1]) Zitelmann, Allgem. Teil S. 25.

[2]) Zitelmann (a. a. O.) S. 25 spricht von „Einreden des nicht entstandenen Rechtes".

[3]) Zitelmann a. a. O. S. 27.

um „Behauptungen handelt, deren Begründetsein dahingestellt bleibt, im Bürgerlichen Gesetzbuch aber um Rechtswirkungen“ [1]) — der Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein anderer sein sollte als der der Zivilprozeßordnung. [2]) Die herrschende Meinung nimmt allerdings an, daß der Ausdruck „Einwendung“ des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich inhaltlich mit der Einrede im Sinne der Zivilprozeßordnung, also unter Ausschluß der Mängel des Klagegrundes, decke. [3]) Auf ihrer Seite hat sie die Motive, die (Bd. 2 S. 272 [4])) sagen: „Unter Einwendungen sind hier, wie sonst im Entwurf, die Einrede im engeren Sinne und die Berufung auf ipso iure rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatumstände verstanden“. Es wird also nur das darunter verstanden, was als Einrede in der Zivilprozeßordnung gilt, während ein Leugnen des Klagegrundes nicht darunter fallen soll. Trotzdem sprach der 1. Entwurf inkonsequenterweise von „Einwendungen, durch welche das Bestehen der Hypothek verneint wird“, und von dem „Einwand, daß verbotene Eigenmacht nicht verübt worden sei“ (§§ 822 und 1084 des 1. Entw.). Können die Motive somit nicht als sicherer Gegenbeweis angeführt werden, so ergibt sich auch aus den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht, daß sein Sprachgebrauch notwendig ein anderer sein solle als der der Zivilprozeßordnung. Es ist selbstverständlich, daß im Falle des § 334 BGB. der Versprechende dem Dritten gegenüber, im Falle des § 404 der debitor cessus dem Zessionar gegenüber, im Falle des § 417 der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber die Klagetatsachen leugnen kann. Es besteht somit kein zwingender Grund, anzunehmen, daß man bei Schaffung des Bürgerlichen

---

[1]) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 101.

[2]) So auch Friedenthal S. 37; Hellwig, Zivilprozeßrecht S. 248; derselbe, Verträge S. 268; Hölder, Komm. S. 406; Fischer-Henle § 202 Anm. 6; Schmidt S. 395.

[3]) So Crome S. 182; Oertmann Bd. 1 S. 587; Kipp zu Windscheid S. 210; Kaufmann S. 226; Goldmann-Lilienthal S. 247; Zitelmann S. 25; v. Tuhr S. 288; Endemann Bd. 1 S. 514; Planck Bd. 1 S. 54; Enneccerus Bd. 1 S. 536.

[4]) Fast wörtlich ebenso in Bd. 1 S. 360.

Gesetzbuchs plötzlich dem eingebürgerten Begriff der Einwendung einen anderen Inhalt geben wollte, als er ihn in der Zivilprozeßordnung hatte.[1])

Wir verstehen also unter Einwendung alle Mängel der Berechtigung. Der Ausdruck „soll somit alles umfassen, was im Falle des Prozesses der Beklagte mit Erfolg vorbringen kann“.[2])

Was kann nun der Beklagte vorbringen, wenn er durch arglistige Täuschung zum Abschluß eines Vertrages bestimmt worden ist?

Hat er den Vertrag angefochten, so kann er selbstverständlich die rechtsaufhebende Einwendung der Nichtigkeit erheben. Insofern kann man von der „Einwendung des Betruges“, korrekter allerdings von der Einwendung der Nichtigkeit infolge Anfechtung wegen Betrugs reden. Um diesen Fall handelt es sich bei uns nicht. Ebenso selbstverständlich kann der Urschuldner, wenn noch nicht angefochten ist, die Einwendung des Betruges im Prozesse erheben. Er erklärt hier zugleich die Anfechtung, und die hierdurch hervorgerufene Nichtigkeit wird sofort als prozessuale Einrede benutzt. Als erstes Erfordernis für diese Einwendung erscheint aber die Anfechtungsberechtigung des Einwendenden, so daß wir hier die Lösung der Schwierigkeit nicht finden. Da nun trotz arglistiger Täuschung der abgeschlossene Vertrag vollgültig ist, wenn er auch, wie die Motive (Bd. 1 S. 219) sich ausdrücken, unter einer „auflösenden Gesetzesbedingung“ steht, so ergibt sich auch aus der Anfechtbarkeit keine rechtshindernde Tatsache. Und es kann, da der Beklagte sonst keine Einwendungen auf die Anfechtbarkeit gründen könnte, als einzige Möglichkeit nur noch die in Frage kommen, ob das Anfechtungsrecht ein Einrederecht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist, bezw. ob ein solches in ihm enthalten ist.

Wir werden also zunächst den Begriff der Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufzusuchen und mit dem Begriff des Anfechtungsrechtes in Beziehung zu setzen haben.

---

[1]) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 101.

[2]) Friedenthal a. a. O. S. 37.

Die Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 2.

Die geschichtliche Entwicklung der Einrede.

Der Name „Einrede“ ist keine Erfindung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Er stammt aus dem gemeinen Recht, und da dieses sich auf dem römischen Recht aufbaut, müssen auch wir die Wurzeln der Einrede dort zu finden versuchen, und zwar müssen wir hierbei von der exceptio ausgehen.

Es gilt in der heutigen Wissenschaft als unbestritten feststehend, daß erst der Formularprozeß den Römern die exceptio beschert hätte, und daß in dem diesem vorausgehenden Legisaktionenverfahren von einer exceptio noch nicht die Rede gewesen sei. Ein sicheres Zeugnis fand man in Gaii IV § 108: nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum. Man glaubte auch hierfür verschiedene Gründe zu haben. So meint Bethmann Hollweg,[1]) daß „die strenge legis actio die Einrückung einer Beschränkung oder Bedingung, in welcher der erkennende Richter die Anweisung gefunden hätte, trotz des erwiesenen Rechtes den Beklagten aus einem solchem exzeptionellen Grunde von der Klage zu entbinden, nicht zuließ“. Lenel[2]) vermutet, daß ihr Einrücken „dem Grundprinzip der einen Frage, welches die legis actio beherrschte“, widersprochen hätte, während Girard[3]) annimmt, daß dem Prätor im Legisaktionenverfahren die freie Stellung gefehlt habe, die solche Exzeptionen ermögliche. Mit letzterer Ansicht werden wir uns noch zu befassen haben. Nun dürfte aber durch die neuesten Untersuchungen Wlassaks[4]) eine Bresche in die ganze Lehre gelegt und damit zugleich wieder ein Beweis für den bereits von Becker[5]) aufgestellten Satz geliefert sein, daß der Gegen-

[1]) Bethmann Hollweg Bd. 1 S. 124.
[2]) Lenel, Der Ursprung S. 41.
[3]) Girard a. a. O. S. 1123.
[4]) Wlassak, Der Ursprung; derselbe in ZRG. Bd. 28 S. 98 Anm. 1.
[5]) Becker in ZRG. Bd. 25 S. 71.

satz des Spruch- und Schriftformelverfahrens kein diametraler und der Übergang von jenem zu diesem kein plötzlicher gewesen ist.[1])

Zwar kann natürlich die Tatsache nicht geleugnet werden, daß in die solennen Parteisprüche keine Zusätze aufgenommen worden seien, „die ohne Hemmung der Folgen, die sich an die Contestatio knüpfen, die Verteidigung auch gegen eine richtige Intentio sichern sollten", und daß es also im alten Prozeß eine erst nach der Streitbefestigung wirksam werdende Einrede — und in diesem Sinne wurde doch die exceptio bisher aufgefaßt — nicht gegeben habe, und auch die Eigenschaft des schriftlichen Zusatzes mußte natürlich fehlen. Aber schon aus dem Grunde, daß es „unglaublich erscheint, daß Tatsachen, die nach der Rechtspflegeordnung, wie sie der Beamte handhabt, oder nach klarer Billigkeit oder gar einem Gesetze zufolge den Prozeß als unzulässig erscheinen lassen, nicht schon von altersher als Hindernisse Beachtung fanden, auch wenn durch sie das behauptete Recht des Klägers weder im ursprünglichen noch im jetzigen Bestande verneint werde",[2]) eröffnet Wlassak die Wahrscheinlichkeit, daß es diesem Zwecke dienende Einrichtungen gegeben habe, die möglicherweise auch schon den Namen exceptio getragen hätten.

Den einen Beweis, der seine Vermutung wahrscheinlich machen soll, bietet ihm gerade der Satz des Gaius, der bisher als Stütze der alten Lehre galt: Gaii IV § 108. Richtig verstanden bedeute dieser Satz nämlich nicht: in jenen Zeiten gab es überhaupt keine Exzeptionen, sondern unter besonderer Berücksichtigung der Worte ita ut nunc bedeute er nur: früher war der Gebrauch, den man von den Exzeptionen machte, anders geartet als heute.[3]) Es gab zwar welche, doch hatten sie ein anderes Gepräge als im Formularprozeß.

Daß nun diese Verteidigungsmittel den Namen exceptiones gehabt hätten, beweist Wlassak aus den Quellen, und zwar

---

[1]) So auch Lenel in ZRG. S. 329.
[2]) So auch Becker a. a. O. S. 73.
[3]) So auch Becker a. a. O. S. 71.

schöpft er den Beweis aus einer Stelle der Rhetorik ad Herennium (1, 12, 22) und aus Ciceros de inventione (2, 19, 57—59 und 2, 20, 59 f.). Wir setzen die Stellen, soweit es notwendig erscheint, hierher.

A. ad Her. 1, 12, 22: Ex translatione controversia nascitur, cum aut tempus differendum aut accusatorem mutandum aut iudices mutandos reus dicit. Hac parte constitutionis Graeci in iudiciis, nos in iure plerumque utimur . . . Haec partitio legitimae constitutionis his de causis raro venit in iudicium, quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt . . .

Cic. de inv. . . . Atque in nostra quidem consuetudine multis de causis fit, ut rarius incidant translationes. Nam et praetoris exceptionibus multae excluduntur actiones . . . Qua re in iure plerumque versantur.

Beide Werke nun werden nur als Niederschriften betrachtet, die von Cicero und vom Anonymus nach Vorträgen ihrer Lehrer gefertigt sind. Zur Zeit der Entstehung dieser Vorträge — dem letzten Drittel des 7. Jahrhunderts — bestanden Legisaktionen und Formularprozeß nebeneinander.

Trotzdem handeln, wie bewiesen wird, beide Stellen vom Legisaktionenprozeß. Die Exzeptionen führen nämlich zur Erledigung des Streites schon im ersten Teil des Verfahrens, sie schneiden das Iudicium ab, so daß für Translationen lediglich in iure Raum bleibt (quare in iure plerumque versantur). In iure also werden gewisse Handlungen — actiones — durch exceptiones ausgeschlossen. Nun konnte diese exceptio weder im Legisaktionen- noch im Formularprozeß alle Handlungen in iure verhindern. Denn zum mindesten mußte die exceptio verlangt und geprüft werden. Kann also die exceptio nicht den ganzen Prozeß ausschließen, so muß „actio“ in einem engeren Sinne genommen werden. Das Wort actio kommt nun auch in einem technischen Sinne vor und bezeichnet dann die volksgesetzlich gültige Streitbefestigung, und in der älteren Zeit nur die durch Spruchformeln vermittelte contestatio. In diesem Sinne ist actio nun in unserer Stelle aus Cicero gebraucht. Durch die exceptio soll die litis contestatio ausgeschlossen werden. Da nun aber die Einrede des Formularprozesses erst im Augenblick der Kontestation

wirksam wird, so erhellt, daß die exceptiones in den benannten Stellen im Legisaktionenprozeß vorkamen. In der Rhetorik heißt es allerdings: quod in privata actione praetoriae exceptiones sunt, aber ein Gegenbeweis ergibt sich hieraus nicht. Es wird hier actio wieder in dem Sinn von „ganzer Verhandlung" gebraucht.

Man wird nach dieser wohlerwogenen Lehre die Anfänge der römischen Einrede daher nicht mehr im Formularprozeß zu suchen haben, sondern in ihr schon eine im Legisaktionenverfahren vorkommende Einrichtung erblicken.

In diesem Ergebnis finden wir aber auch einen wirksamen Beweis gegen die bereits berührte Lehre Girards, „daß die Tätigkeit des Gerichtsbeamten zur Zeit des Legisaktionenverfahrens eine ziemlich mechanische gewesen sei",[1]) daß er nur anwesend sein und die Worte aussprechen müsse, die ihm das Gesetz auszusprechen vorschreibe, oder wie er sich neuestens äußert[2]): Si elles (sc. les parties) font certains actes, le magistrat y assistera, il pourra être mis par eux dans l'obligation d'en accomplir à son tour d'autres ... Son concours est un concours ... dénué d'initiative et de liberté, commandé avec une sorte de nécessité mecanique par l'activité des parties, oder an anderer Stelle[3]): Il n'a pas à se demander s'il doit ou non renvoyer l'affaire au juré, quand le cérémonial nécessaire a été accompli. Il n'a pas non plus auparavant à se demander s'il doit prononcer les paroles appelées par l'activité des plaideurs à mesure que cette activité se réalise. Il n'a pas davantage à se demander s'il doit ou non les laisser entamer le cérémonial de la legis actio, quand ils arrivent devant lui.

Es ist selbstverständlich, daß bei dieser Ansicht Girard den Prätor nicht Rechtsmittel, wie wir sie bereits für den Legisaktionenprozeß annehmen, handhaben lassen kann, bestreitet er ja doch auch die Möglichkeit einer denegatio legis actionis.[4]) Nun hat aber diese These Girards eine eingehende und wirk-

[1]) Girard, Geschichte S. 1068.
[2]) Girard, L'organisation I, 69.
[3]) Girard, ZRG. Bd. 42 S. 130f.
[4]) Girard, Geschichte S. 1068.

same Widerlegung durch Wlassak und im Anschluß an ihn durch Lenel erfahren.

Wlassak[1]) hat zuerst jenen Mythus zerstört, daß der Magistrat im Legisaktionenverfahren eine machtlose Puppe war, die den Sprüche hersagenden Privaten Gehör schenken mußte, ohne vorher um ihre Zustimmung ersucht zu sein, und ohne die Befugnis, das Tun oder Lassen der Parteien vor dem Tribunal zu verbieten. Nur die eine Tatsache, daß er eines der Worte do, dico, addico sprechen mußte, um die legisactio voll und wirksam zu machen, genüge als Zeugnis. Denn es stand den Parteien kein Automat gegenüber, den sie selbst in Bewegung setzten, sondern ein übergeordneter Beamter, gegen den sie natürlich Zwang nicht üben konnten, um den Ausspruch bestimmter Worte zu erzielen. Der Magistrat war nicht eine Drahtpuppe, welche die Parteien nach Belieben in Bewegung setzten und der sie insbesondere die genannten Worte abpreßten, sondern ein denkender Mensch.[2])

Es widerspricht diese Ansicht Girards, worauf insbesondere Lenel[3]) hinweist, schon der historischen Entwicklung des römischen Gemeinwesens, nach der das Imperium durch Gesetze immer mehr eingeengt wurde und nicht, wie es hier der Fall sein müßte, durch die lex Aebutia eine Entfesselung stattgefunden hätte. Es hätte nach dieser Ansicht geradezu eine Revolution bedeutet, die die lex Aebutia bewirkt hätte, wenn der Gerichtsmagistrat, der bisher ein bloßer Figurant gewesen sein sollte, jeden Prozeß nach seiner Willkür instruieren oder auch nicht instruieren sollte. Bisher ist jedenfalls, um diese Ungeheuerlichkeit zu beweisen, ein richtiger Quellenbeweis nicht erbracht worden. Dagegen führt Wlassak für seine These einen sehr wichtigen Quellenbeweis an. Das oskische Gesetz der tabula Bantina Ziff. 23—27 (Bruns, Fontes 6. Aufl. S. 52ff.) schreibt nämlich dem städtischen Beamten unter Androhung einer Mult vor, die

---

[1]) vgl. Wlassak, ZRG. Bd. 25 S. 81, Bd. 28 S. 98ff.; Lenel, ZRG. Bd. 30 S. 329ff.

[2]) Ähnlich Lenel a. a. O. S. 329.

[3]) Lenel a. a. O. S. 333.

angemeldete Legis actio nicht länger als 10 Tage hinauszuschieben. Hiernach hat er also ein Vertagungsrecht, das nach Girards Ansicht nicht bestehen dürfte. Girard sieht sich daher auch gezwungen, dem Magistrat das Recht einzuräumen, die Vornahme der legis actio innerhalb vernünftiger Grenzen hinauszuschieben, nur dürfe er sie nicht ganz verhindern. Es mag diese kurze Übersicht genügen. Das ganze Material Wlassaks und Lenels zu würdigen, würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten. Jedoch dürfte so viel ersichtlich sein, daß die Lehre Girards nicht beweiskräftig genug ist, um der von Wlassak aufgestellten These, es habe bereits im Legisaktionenverfahren Exzeptionen gegeben, den Boden zu entziehen.

Diese neuesten Ergebnisse, die wir bei einer geschichtlichen Darstellung nicht übergehen zu dürfen glaubten, haben aber einen Einfluß auf die gemeinrechtliche Wissenschaft natürlich noch nicht haben können, und die gemeinrechtliche Wissenschaft basiert daher auf der Anschauung, daß die exceptio eine Schöpfung des Formularprozesses ist. In dieser neueren Form wollen wir jetzt die exceptio betrachten.

Wenn der Beklagte mit seiner formula vor den Judex kam, so hatte dieser das Vorbringen der Parteien zu berücksichtigen und nach Maßgabe der geführten Verhandlung seine Entscheidung zu treffen. Hielt er das desiderium des Klägers, das in der intentio enthalten ist (Gaius IV, 41), ex animi sui sententia für zutreffend, so kondemnierte er den Beklagten, andernfalls sprach er ihn frei. Auf gewisse Umstände, die die Absolvierung herbeiführten, mußte aber der Judex erst besonders hingewiesen werden, und dies geschah durch die exceptio. Man hat, sobald man überhaupt einmal angefangen hatte, die exceptio „als eine historische Eigentümlichkeit des klassischen römischen Prozesses aufzufassen“,[1]) verschiedene Versuche gemacht, ihre Herkunft zu erklären. So führt Brinz sie auf den Zwiespalt und den Widerspruch zurück, in welchen die jurisdictio mit dem ius geraten sei, Birkmeyer auf den Gegensatz von aequitas und rigor iuris

[1]) Thon in Jherings Jahrb. Bd. 28 S. 37.

und eine noch heute weitverbreitete Meinung auf den Gegensatz von zivilem und prätorischem Recht.[1])

Letztere Ansicht läßt sich allerdings nicht halten angesichts der auf Zivilrecht beruhenden Exzeptionen[2]): der exceptio iusti dominii gegenüber der actio Publiciana, der exceptio rei in iudicium deductae, der exceptio legis Cinciae, legis Plaetoriae, rei iudicatae, S. C. Vellejani, Macedoniani, Trebelliani, der exceptio solutionis bei der actio hypothecaria. Über diese Tatsache hinwegzukommen, hat man die verschiedensten Anstrengungen gemacht. Nachdem sich der Versuch, dem Senatuskonsult zur Zeit der drei erwähnten Senatuskonsulte Gesetzeskraft abzusprechen, als unbrauchbar erwiesen hat, da sich zwei andere Senatuskonsulte aus der Zeit des S. C. Vellejanum, des ältesten der drei erwähnten, vorfinden, die unbedingt in das Zivilrecht eingreifen, hat man behauptet, der Senat habe nur durch „ein Regulativ eine öffentlichrechtliche Verbindlichkeit des Prätors zur Erteilung der betreffenden Exzeptionen“ [3]) aufstellen wollen. Ähnlich meint Sohm[4]): „Eine für das Zivilrecht maßgebende Quelle hätte sich darauf beschränkt, einen Rechtssatz des öffentlichen Rechts hervorzubringen: Sie hätte lediglich eine Pflicht des Jurisdiktionsmagistrates in bezug auf die Handhabung seines Imperium, nicht aber einen für das Privatrecht unmittelbar wirkenden Rechtssatz aufgestellt“.[5]) Alle diese Erklärungen können nicht darüber hinwegtäuschen, daß wir es mit sogen. zivilen Exzeptionen zu tun haben, wenn auch der Ausdruck exceptiones civiles im Gegensatz zu exceptiones praetoriae in den Quellen nicht vorkommt. „Der Prätor bringt einfach das Zivilrecht zum Ausdruck.“[6]) Der Grund, diese Tatsache zu bestreiten, lag wohl in dem Bestreben, durch die Duplizität die Unmöglichkeit der

---

[1]) Sohm, Inst. S. 319; Schloßmann a. a. O. S. 28; Lenel a. a. O.; Eisele a. a. O.; Regelsberger S. 681.

[2]) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 97; Leonhard, Allgem. Teil S. 221; Eisele a. a. O. S. 83ff.; Lenel a. a. O. S. 48ff.

[3]) Lenel a. a. O. S. 51.

[4]) Sohm, Inst. S. 319.

[5]) Diese Frage behandelt besonders eingehend Eisele a. a. O. S. 83ff.

[6]) Gradenwitz a. a. O. S. 316.

exceptio für das heutige Recht nachzuweisen. Letztere ergibt sich aber, wie wir sehen werden, schon daraus, daß die exceptio als prozessualisches Gebilde in unserem Recht keinen Boden mehr hat. Insofern kann man eben nur zu dem Ergebnis kommen, daß der Judex gewisse Umstände schon ipso iure, d. h. ohne Erteilung einer exceptio, andere erst ope exceptionis berücksichtigen mußte.[1]) Dieser Gegensatz bedeutet keinen inneren oder materiellen Unterschied.[2]) Dies schon deshalb nicht, weil dieselben Tatsachen bald ipso iure, bald ope exceptionis wirken, so daß z. B. der dolus im iudicium strictum ope exceptionis, im iudicium bonae fidei ipso iure wirkt.[3]) Einen ganz schlagenden Beweis erwähnt hierfür auch Kipp.[4]) In l. 20 D. 44, 1 heißt es nämlich: exceptiones opponuntur . . . quia non factum est, quod fieri debuit, ut bonorum possessionis non datae. Da nun bei den Klagen des bonorum possessor die Tatsache, daß er bonorum possessor ist, zum Klagegrunde gehört, beim Bestreiten der Tatsache aber eine exceptio bonorum possessionis non datae gegeben wird, so ergibt sich, daß selbst der Klaggrund in Exzeptionsform erscheinen kann.

Wir stellen daher den Satz auf, die Exzeptionen werden durch kein materielles Band miteinander verknüpft.

Wir hatten gesehen, daß die exceptio eine Schöpfung des Formularprozesses war, und sollten erwarten, daß sie mit diesem, ja bereits mit Abfassung des Hadrianischen Edikts zu Grabe getragen worden wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Hierfür sind verschiedene Gründe maßgebend gewesen.[5]) Die Denkform für die Einwände des dolus, metus usw. war die im Edikt pro-

---

[1]) Kipp-Windscheid (§ 47) führen als Gründe, die das Einrücken einer exceptio veranlaßten, an: „prätorische Anerkennung des Einwandes ohne Anhalt im ius civile, oder in Verfolgung des Gedankens einer lex oder in Befolgung einer dem Prätor vom Senat erteilten Dienstinstruktion, die „Logik der Formel", d. h. der Umstand, daß es oft nur unter Zuhilfenahme eines besonderen Bedingungssatzes möglich ist, die Formel den Absichten des Prätors gemäß zu gestalten".

[2]) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 96ff.

[3]) Heymann a. a. O. S. 37.

[4]) Kipp-Windscheid S. 206.

[5]) Lenel a. a. O. S. 60; Heymann a. a. O. S. 52.

ponierte Exzeptionsformel. Und noch in der extraordinaria cognitio beriefen sich die Beklagten auf dieselben und zitierten sie vor Gericht. Ferner mußte die exceptio, da ja auch im Extraordinarverfahren eine litis contestatio „nachahmenderweise künstlich angenommen wurde",[1]) ebenso wie im Formularprozeß ante litem contestatam opponiert werden. Da es nun weiterhin schwer war, den Exzeptionsbegriff in den zu kompilierenden Juristenwerken auszuscheiden,[2]) geriet er auch in das corpus iuris. Hier bedeutet allerdings exceptio nicht mehr den prozessualischen Rechtsbehelf, sondern die Tatsachen, die im Formularprozeß dazu geführt hatten.[3]) „Die exceptio ist hier weiter nichts als eine prozessualische Institution zu dem Zwecke, das geltende Recht zum Ausdruck gelangen zu lassen."[4]) Hinzu kamen allerdings infolge des „laxen Sprachgebrauchs"[5]) Verteidigungsmittel, die im klassischen Recht ipso iure gewirkt hatten, so gibt es z. B. eine exceptio usu capionis c. 30 § 2 C. 5, 12. Die Glossatoren[6]) sahen nun einerseits den Gegensatz von ipso iure und ope exceptiones wirkenden Tatsachen, andererseits einen weiteren Sprachgebrauch der exceptio, und so entstand bei ihnen die Einteilung in exceptiones iuris, die die römischen exceptiones sein sollten, und exceptiones facti oder intentionis, die alle Einwendungen des Beklagten, die nicht im bloßen Negieren des Klaggrundes bestanden, umfassen sollten, ja selbst das Leugnen dieses wurde zuweilen als exceptio rei non sic, sed aliter gestae bezeichnet.[6]) Aber auch die Wirkungen gestaltete man verschieden. Während doch im römischen Recht, wenn sich die exceptio als richtig erwies, Absolution erfolgte, sagte man jetzt[7]): „Der Kläger, dem eine exceptio facti entgegen-

---

[1]) Gradenwitz S. 317.

[2]) Eine Schwierigkeit, auf die bereits Schloßmann a. a. O. S. 29 Anm. 37 hinweist.

[3]) Friedenthal S. 1.

[4]) Gradenwitz S. 315.

[5]) Heymann S. 53.

[6]) Heymann S. 62; Bethmann Hollweg S. 55.

[7]) Friedenthal S. 2.

[8]) Heymann S. 63.

steht, klagt nur de facto — nulla ei competit actio —, derjenige, dem nur eine exceptio iuris entgegensteht, klagt de iure, das Klagrecht besteht, es ist nur unwirksam, wird ausgeschlossen". Der Sprachgebrauch des jüngsten Reichsabschiedes versteht ganz unterschiedslos unter exceptiones alle möglichen Verteidigungsmittel des Beklagten.[1])

So war der Stand der Lehre, bis die Auffindung des Gaius IV neue Aufklärung brachte.[2]) Als den Begründer der neuen Lehre kann man Savigny[3]) bezeichnen. Dieser definiert: „exceptio ist der römische Ausdruck für diejenige Art der Verteidigung eines Beklagten, welche auf der Behauptung eines selbständigen Rechtes desselben beruht. Sie führt diesen Namen, weil sie darauf abzweckt, eine Freisprechung als Ausnahme zu bewirken, selbst wenn das vom Kläger behauptete Recht an sich vorhanden sein sollte".

Hierin erblickt er das innere Wesen der exceptio. Gegen diese materielle Grundlage der exceptio wendet bereits Windscheid[4]) im Anschluß an Bekker (Prozessuale Konsumtion S. 93—96) ein, wo denn das Recht des Beklagten sei, wenn er der Klage aus der stipulatio sine causa die exceptio doli entgegensetze oder der Besitzklage die exceptio vitiosae possessionis oder dem interdictum ne quid in flumine publico die exceptio: quod eius ripae muniendae causa non fiet (l. 1 § 6 D. 43, 13). Das wenige Jahre später erscheinende Werk Bethmann Hollwegs lehrt daher bereits[5]): „Die defensio des Beklagten könne entweder bestehen im Leugnen der intentio oder unter Zugeben derselben im Bestreiten der gerichtlichen Geltendmachung, nicht an sich, etwa weil die Forderung noch nicht fällig wäre, sondern vermöge eines dem Beklagten zustehenden, mit dem Rechte des Klägers kollidierenden Rechtes. Dieses eigentümliche Verteidigungsmittel hätten die Römer exceptio genannt, und diesen Begriff der exceptio habe der Prätor auch da angewandt, wo das Recht

[1]) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 95.
[2]) Leonhard, Allgem. Teil S. 221.
[3]) Savigny, System Bd. 5 S. 166; Friedenthal S. 3.
[4]) Windscheid, actio S. 227.
[5]) Bethmann Hollweg Bd. 2 S. 384.

des Klägers, die Klage um irgendeines Umstandes, einer Tatsache willen zurückgewiesen werde".

Nach Windscheid[1]) bedeutet exceptio die Hemmung der actio. Die Einrückung der exceptio wäre dann nötig gewesen, „wenn der Beklagte nicht dabei stehen blieb, zu bestreiten, daß der Anspruch an und für sich begründet sei". Der Umstand, welcher den Anspruch hemmt, könne ein Recht oder eine Tatsache sein.

Wir haben oben gesehen, daß die Römer den Begriff des an und für sich bestehenden, aber in seiner Durchführung gehemmten Rechtes nie gekannt haben,[2]) daß vielmehr ihre exceptio eine materielle Grundlage überhaupt nicht hatte, sondern daß sie ein prozessuales Gebilde war, das für unser Recht, das zwischen Privat- und Prozeßrecht scharf scheidet, unverwendbar bleibt.[3]) Deshalb sind auch nicht alle „Einreden", die heute erhoben werden können, Exzeptionen im römischen Sinne. „Eine römische exceptio kann sich heute als eine einfache Einrede oder auch als bloßes Leugnen des Klagegrundes charakterisieren, während ein Tatbestand, der römisch ipso iure oder officio iudicis berücksichtigt wurde, trotzdem und obwohl er seine materiellrechtliche Natur nicht geändert hat, als Gegenrecht zu charakterisieren ist."[4]) Jedenfalls fiel bereits die gemeinrechtliche materielle Einrede nicht mit der exceptio zusammen, und ebensowenig bildet daher die exceptio die Grundlage für eine Definition der Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Man kann höchstens sagen, daß die Einrede „in einem historischen Zusammenhange"[5]) mit der exceptio steht, „da sie im wesentlichen nach dem Muster der gemeinrechtlichen exceptio gestaltet ist".[6]) Wollen wir daher den Begriff der Einrede feststellen, so müssen wir uns an das Gesetz selbst halten.

[1]) Windscheid, Pand. § 47 S. 203.

[2]) Bei ihnen galt der Satz: nihil interest ipso iure quis actionem non habeat an exceptione infirmetur, l. 112 D. 50, 17.

[3]) Friedenthal S. 11; Fischer S. 64 u. 98; Regelsberger Bd. 1 S. 683.

[4]) Fischer in Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 465.

[5]) v. Tuhr S. 288.

[6]) Wlassak, Ursprung S. 119.

§ 3.

Die Einrede nach heutigem Rechte.[1])

Wir hatten bereits gesehen, daß die materielle Einrede des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter den Begriff der Einredetatsachen im Sinne der Zivilprozeßordnung und somit auch unter die Einwendungen fällt. Damit ist aber noch nicht viel gewonnen. Eine Definition der Einrede suchen wir vergebens im Gesetze. Die Motive (Bd. 1 S. 359) sagen: „Einreden im Sinne des materiellen Rechtes sind nur solche Umstände, welche die Befugnis gewähren, die Befriedigung eines Anspruchs verweigern zu dürfen, obwohl der Anspruch an und für sich besteht".[2]) Was sonst ihr Bestehen und die Wirkung anlangt, so verraten uns die Motive noch, daß die Einrede den Anspruch nicht von Rechts wegen in seiner Entstehung hindert oder wieder aufhebt, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewährt, die Befriedigung des an und für sich begründeten Anspruchs ablehnen zu dürfen, daß die Möglichkeit der Entkräftung des mit einer Einrede behafteten Anspruchs wegfallen könne, und zwar insbesondere durch Verzicht, und daß sie nur bei Berufung auf sie wirksam werde, ferner, daß sie nur im Prozesse mit Erfolg geltend gemacht werden könne. Da aber die Motive keine Gesetzeskraft haben, wollen wir sehen, ob diese Ausführungen in der Tat sich aus dem Gesetze rechtfertigen lassen.

Sedes materiae ist vor allem der § 202 BGB.[3]) Es ist hier genannt die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrages, der mangelnden Sicherheitsleistung, der Vorausklage, die nach § 770 BGB. dem Bürgen und nach den §§ 2014, 2015 dem Erben zustehenden Einreden. Aus allen diesen Paragraphen ergibt sich, daß der Schuldner „die Leistung verweigern kann".[4])

---

[1]) Diese Materie soll hier nur so weit behandelt werden, als wir dadurch brauchbare Unterschiede von der Anfechtung gewinnen können.

[2]) Man merkt hier deutlich die Anlehnung an die gemeinrechtliche Doktrin.

[3]) Friedenthal S. 37 ff.; Langheineken a. a. O. S. 44 ff.

[4]) In anderen Wendungen heißt es: Er ist dazu berechtigt, er hat das Recht, er hat die Befugnis dazu. Kipp-Windscheid S. 211.

Dies wird daher als gemeinsames Kriterium aller Einreden anzusprechen sein, selbst wenn sie nicht als solche bezeichnet sind. Ferner gehören hierher die Fälle, wo der Verpflichtete „kürzen" kann (§§ 2188, 2322).[1]) Es ist hier ebenfalls ein — wenn auch nur teilweises — Leistungsverweigerungsrecht statuiert. Die Leistung kann nun in einem Tun oder Unterlassen bestehen (§ 241). Da das Bürgerliche Gesetzbuch das Recht, ein solches von einem anderen zu verlangen, „Anspruch" nennt (§ 194), so ergibt sich, daß das Leistungsverweigerungsrecht sich gegen einen bestehenden Anspruch wenden muß, und wir erkennen den Anspruch der Motive insofern als berechtigt an.

Wie wird nun dieses Recht ausgeübt? Darüber herrscht Einigkeit, daß es im Prozeß ausgeübt werden kann, dagegen behauptet eine große Anzahl von Schriftstellern, daß es auch außergerichtlich ausgeübt werden könne.[2]) Nicht beweisend für das Gegenteil wäre natürlich der historische Zusammenhang mit der exceptio und der gemeinrechtlichen Einrede.[3])

Die Motive behaupten, wie wir gesehen haben, daß die Einrede mit Erfolg nur im Prozeß geltend gemacht werden könne. Doch der Entwurf ist hier selbst nicht konsequent geblieben.[4]) Besagte doch § 1093 des 1. Entw.: „Steht dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs auf die Leistung dauernd ausgeschlossen wird, so erlischt die Hypothek mit der gegenüber dem Gläubiger ab-

---

[1]) Kipp-Windscheid S. 211; Langheineken S. 46; Friedenthal S. 49.

[2]) Für nur gerichtliche Ausübung Friedenthal S. 63; Zitelmann S. 29; Planck S. 54; Siber in Jherings Jahrb. Bd. 50 S. 70; derselbe, Rechtszwang S. 147; Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 103 S. 425; Endemann S. 515; Schneider in Jherings Jahrb. Bd. 51 S. 29; Hölder im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 90. Für außergerichtliche Geltendmachung Crome Bd. 1 S. 184; v. Tuhr S. 297; Hölder in Buschs Zeitschr. Bd. 29 S. 72; derselbe, Komm. S. 407, zweifelnd im Recht 1900 S. 163; Langheineken S. 341; Hellwig, Anspruch S. 10; derselbe, Zivilprozeß S. 250; Oertmann Bd. 1 S. 589; Enneccerus Bd. 1 S. 523; Graeffner a. a. O.; Geyer a. a. O. S. 28; Wlassak, Ursprung S. 119; Schmidt a. a. O. S. 395.

[3]) v. Tuhr S. 297; Oertmann Bd. 1 S. 589.

[4]) Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 109.

zugebenden Erklärung des Eigentümers, daß er die Einrede geltend mache". Also es sollte hier die Geltendmachung durch bloße Erklärung genügen, sogar, was die Motive leugnen, mit der Wirkung des Unterganges des Rechts. Eine ausdrückliche Bestimmung fehlt im Bürgerlichen Gesetzbuch, und so nimmt man an, was nicht untersagt sei, sei erlaubt. Wir wollen zunächst die Frage richtig formulieren. Daß der Schuldner dem fordernden Gläubiger gegenüber die Leistung verweigern kann, ist zu selbstverständlich, als daß es ausgesprochen zu werden brauchte. Wenn man aber von geltend machen spricht, so hat man darunter mit irgendeinem rechtlichen Erfolge geltend machen zu verstehen. Wenn wir also finden, daß die außergerichtlich abgegebene Erklärung, die Leistung verweigern zu wollen, rechtliche Wirkungen hervorbringt, so müssen wir zugeben, daß auch die außerprozessuale Leistungsverweigerung zulässig sei. Insofern ist Graeffner[1]) entgegenzutreten, der in seiner Abhandlung zu dem Ergebnis kommt, die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede sei zulässig, sie sei aber nicht geeignet, den Richter oder Dritte beeinflussende Wirkungen hervorzurufen. Die einzige Wirkung wäre nach ihm im Anschluß an Leonhard[2]) die Hervorbringung der „metus exceptionis". Auch Kipp[3]) gibt zu, daß durch eine erste Weigerung eine Änderung des Rechtszustandes nicht hervorgerufen werde.[4])

Welche Wirkungen werden nun von den Vertretern der außergerichtlichen Weigerung dieser beigemessen? Hellwig[5]) geht davon aus, daß die Leistung, so wie sie außergerichtlich bewirkt und eingefordert, ebenso verweigert werden könne. Das Gegenteil müßte, so meint er, im Gesetze gesagt sein. Mit dem gleichen Rechte aber könnte man mit Siber[6]) annehmen, daß

[1]) Graeffner a. a. O. S. 51.

[2]) Leonhard, Allgem. Teil S. 219 Anm. 3.

[3]) Kipp-Windscheid S. 214.

[4]) Derselbe in der Festgabe für Koch S. 131.

[5]) Hellwig stellt die Frage übrigens richtig, ob die gerichtliche Leistungsverweigerung die einzige privatrechtlich „wirksame" Form der Geltendmachung der Einrede sei. Hellwig, Anspruch S. 11; vgl. auch derselbe im Arch. f. ziv. Prax. S. 250 ff.

[6]) Siber, Rechtszwang S. 143.

das Gesetz es besonders vorgeschrieben hätte, wenn eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung genügen würde, wie dies z. B. für Anfechtung, Aufrechnung, Rücktritt vom Vertrage geschehen sei. Daß die „Geltendmachung" des Anspruchs keineswegs die Einklagung zu bedeuten brauche, wird zuzugeben sein, da das Gesetz bald nur von Geltendmachung, bald auch von „gerichtlicher Geltendmachung" spricht.[1]) Von letzterer allerdings nur, wenn es Einklagung meint. Daß aus der Beibehaltung des Namens „Einrede" nicht nur auf gerichtliche Geltendmachung geschlossen werden kann, haben wir nach unserer geschichtlichen Auffassung von der Einrede zuzugeben. Nun soll aber der eigentliche Beweis kommen, und der besteht darin, daß er sagt: „Hat nun die außergerichtliche Verweigerung der Leistung überhaupt eine Wirkung, so kann sie in Ermanglung besonderer Vorschriften keine andere sein als die der gerichtlichen: die Aufhebung der Forderung". Inwiefern letztere Wirkung überhaupt eintritt, das werden wir noch näher zu untersuchen haben. Aber warum die gerichtliche Geltendmachung keine anderen Wirkungen hervorbringe als die außergerichtlich, das wäre doch erst in Ermanglung gesetzlicher Vorschriften des Beweises bedürftig gewesen, eines Beweises, den Hellwig schuldig bleibt.[2])

Hiermit allein soll es auch harmonieren, daß der Schuldner nach § 2318 Abs. 3 seine Schuld „kürzen", d. h. teilweise aufheben könne. Die natürlichere Auslegung ist aber hierfür: der Schuldner hat das Recht, die Erfüllung teilweise zu verweigern.[3]) Auch die weiter angeführten §§ 886, 1169, 1254 BGB., deren Besonderheit daran liege,[4]) „daß in diesen Fällen der Schuldner nicht zu warten brauche, bis die Leistung gefordert werde, daß er vielmehr hier sofort diejenigen Rechtsfolgen geltend machen könne, die auf Grund des Gebrauchs[5]) der Einrede entständen",

[1]) vgl. die bei Hellwig nach Gradenwitz (Wortverzeichnis) zitierten Paragraphen.

[2]) Wendt im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 103 S. 425.

[3]) Kipp, Rechtswahrnehmung S. 133.

[4]) Hellwig, Zivilprozeßrecht S. 253.

[5]) Der Gebrauch soll in der Forderung der Rückgabe des Pfandes (§ 1254), in dem Verlangen auf Verzicht auf die Hypothek (§ 1163), in dem Verlangen auf Beseitigung der Vormerkung (§ 886) liegen.

entbehren der Beweiskraft, da hier die bloße Existenz, nicht erst der Gebrauch des Einrederechts die Geltendmachung ausschließt.[1])

Hölder[2]) meint, „daß weder die Bezeichnung der Einrede, noch die Bezeichnung der Berechtigung zu jener Willenserklärung als einer Berechtigung zur Verweigerung der Leistung" bedeute, daß diese Willenserklärung nicht in beliebiger Form erfolgen könne.[3]) Später hat er die Konsequenzen abgelehnt, da das von Hellwig und früher von ihm angenommene „Ergebnis ein solches wäre, das anderen Gesetzgebungen nicht bekannt sei, an dessen Möglichkeit die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht gedacht hätten und das im Widerspruch stehe mit dem für sie leitend gewesenen Gedanken". Er unterscheidet jetzt gerichtliche und außergerichtliche Ausübung des Leistungsverweigerungsrechtes und gibt zu, daß letztere die Leistung nicht endgültig verweigere, und daß erst durch das der gerichtlichen Einforderung gegenüber vom Beklagten beobachtete Verhalten „die Frage nach der Existenz der Forderung zur Entstehung komme"; also auch hier wird eine erfolgreiche Geltendmachung der Einrede nicht gelehrt. v. Tuhr,[4]) der ja nicht wie Hellwig, Hölder und neuestens Siber der prozessual vorgebrachten Einrede Zerstörungs-,[5]) sondern nur Hemmungswirkung beimißt, will diese ebenso durch außergerichtliche Erklärung eintreten lassen. Die nochmals im Prozeß beigebrachte Einrede sei alsdann nicht Willenserklärung, sondern Mitteilung einer vor dem Prozeß eingetretenen anspruchshemmenden Tatsache, welche vom Richter zu berücksichtigen sei, auch wenn sie aus den Behauptungen des Klägers hervorgehe. Ein Beweis für diese Behauptungen fehlt völlig. Wir werden daher an dem Satz festzuhalten haben:

---

[1]) Nach Hellwigs Theorie wäre auch der Ausdruck des Gesetzes nicht richtig, denn es müßte dann nicht die Geltendmachung des Anspruchs ausschließen, sondern den Anspruch selbst rückwirkend vernichten lassen; Kipp, Rechtswahrnehmung; vgl. auch Wendt a. a. O.; Zitelmann S. 31.

[2]) Hölder, Komm. S. 407.

[3]) Hölder in Buschs Zeitschr. Bd. 29 S. 73.

[4]) Dies tun auch Endemann § 88 Anm. 41; Bucerius a. a. O. S. 126.

[5]) v. Tuhr, Allgem. Teil S. 298.

im Bürgerlichen Gesetzbuch findet sich keine Bestimmung, nach der die außergerichtliche Leistungsverweigerung einen rechtlichen Erfolg herbeiführt.

Welche Wirkung messen wir nun der gerichtlichen Geltendmachung der Einrede bei? Es ist hier zwischen den dilatorischen und den peremtorischen Einreden zu unterscheiden. Bei jenen wird die Klage, wenn nicht nach §§ 257ff. ZPO. auf künftige Leistung geklagt werden kann, als „zurzeit unzulässig" abgewiesen.[1]) In anderen Fällen wird durch das Vorbringen des Beklagten eine für ihn günstige Modifikation herbeigeführt.[2]) So erfolgt bei der Retentionseinrede und der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§§ 274, 322) die Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug, oder es wird in dem Urteil dem Erben die beschränkte Haftung vorbehalten (§§ 2014, 2015 BGB., § 305 ZPO.). Daß hier ein Einfluß auf die Existenz des Anspruchs nicht ausgeübt wird, ist unbestreitbar. Es wird nur die gerichtliche Durchführung gehemmt. „Das Urteil konstatiert das Bestehen des Anspruchs und das Behaftetsein mit der Einrede."[3])

Zweifelhafter ist die Sachlage beim Gebrauch einer peremtorischen Einrede. Unsere Zivilprozeßordnung kennt nämlich nur ein „entweder—oder".[4]) Es wird entweder meiner Klagbitte stattgegeben oder ich werde abgewiesen. Dagegen kennt sie nicht ein besonderes „Organ" für das Gehemmtsein des Anspruchs, für dessen Behaftetsein mit einer Einrede. „Der nicht entstandene, der untergegangene Anspruch und der Anspruch, dem der Beklagte kraft Einrederechts den Gehorsam verweigern kann und verweigert, stehen vielmehr im prozessualen Endergebnis mit Notwendigkeit einander gleich."[5]) Durch das Urteil wird Rechtskraft bezüglich des erhobenen Anspruchs geschaffen, und insofern ist jedenfalls, wie die Motive (Bd. 1 S. 359) sagen, „in wirtschaftlicher Hinsicht allerdings ein Anspruch, welchem eine seine Geltendmachung dauernd ausschließende Einrede entgegensteht,

[1]) v. Tuhr, Allgem. Teil S. 306.
[2]) Zitelmann S. 30.
[3]) Fischer-Henle § 202 Anm. 6.
[4]) Kipp, Rechtswahrnehmung S. 134.
[5]) Kipp a. a. O.

einem nicht bezw. nicht mehr vorhandenem Anspruche gleichwertig". Welches aber die Auffassung des Gesetzes ist, das werden wir aus diesem zu entnehmen haben. Hellwig und Hölder haben zuerst die Theorie aufgestellt, durch den Gebrauch der Einrede werde der Anspruch vernichtet. Nach Hellwig[1]) ergeht ein deklaratives Urteil dahin, daß aus jenem materiellrechtlichen Grunde Abweisung erfolge, weil durch Ausübung des Leistungsverweigerungsrechtes der Anspruch aufgehoben sei. „Man trägt in das Gesetz die größten Spitzfindigkeiten hinein und man gelangt zu ganz unhaltbaren Resultaten, wenn man zwischen dem Anspruch, der aufgehoben ist, und dem Anspruch, dessen jemalige Erfüllung auf Grund der Einrede rechtsmäßig verweigert worden ist, einen Unterschied machen will. Eine solche Schattenexistenz ist praktisch wertlos und theoretisch nur geeignet, ganz unnötige und unlösbare Schwierigkeiten zu bereiten."[2]) Ebenso deutlich hat Hölder[3]) seine Meinung ausgesprochen: „Das Einrederecht teilt also mit jedem Anfechtungsrecht die Eigenschaft, das Recht, dem es gegenübersteht, nicht schon durch seine Existenz, sondern erst durch seine Ausübung, durch diese aber mit rückwirkender Kraft auszuschließen". „Denn was die Geltendmachung eines Anspruchs", so spricht er sich an anderer[4]) Stelle aus, „ausschließe, das schließe seine Existenz aus. Die Berechtigung des Verpflichteten, die geschuldete Leistung zu verweigern, könne nicht in dem Sinne bestehen, daß diese trotz ihrer erfolgten Verweigerung geschuldet wäre, sondern nur in dem Sinne, daß sie geschuldet sei als eine vom Verpflichteten nicht verweigerte, dagegen nicht geschuldet sei als eine vom Verpflichteten verweigerte, so daß ihre Verweigerung sie zu einer solchen mache, die nicht geschuldet war, von dem Moment an, von dem an sie verweigert werden durfte."[5]) Diese Behauptungen sind als mit den im Bürgerlichen Gesetzbuch ausgesprochenen Gedanken in Widerspruch stehend eingehends von

---

[1]) Hellwig, Zivilprozeßrecht S. 249.
[2]) Hellwig, Anspruch S. 160.
[3]) Hölder im Recht a. a. O. S. 163.
[4]) Hölder, Komm. S. 406.
[5]) Ebenso im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 80.

Siber,[1]) Kipp[2]) und besonders Langheineken[3]) widerlegt worden. Wir wollen, soweit das für unsere Zwecke notwendig ist, die Beweise würdigen. „Als Normen," so meint Hellwig,[4]) „aus denen das wahre Wesen der Sache zu ermitteln sei, als Bestätigung des behaupteten Rechtsgedanken und nicht als Singularitäten, seien die Vorschriften der §§ 886, 1169, 1254 zu betrachten." Nach § 886 kann derjenige, „dessen Grundstück oder dessen Recht von einer Vormerkung betroffen wird und dem eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird, von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen". Nach Hellwigscher Auffassung[5]) wäre der Anspruch erloschen, die weitere Folge aber wäre die, daß das Grundbuch unrichtig wäre, und daß der Eigentümer bereits nach § 22 GBO. und § 894 BGB. Berichtigung des Grundbuchs verlangen könnte. Sonach wäre die Vorschrift des § 886 „nicht nur überflüssig, sondern irreführend, eine Verschleierung der wahren Ansicht des Gesetzes von der Geltendmachung der Einrede".[6])

Nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 erwirbt der Eigentümer die Hypothek, wenn die zugrunde liegende Forderung erlischt. Die Folge ist, daß der Eigentümer nach § 894 BGB. die Zustimmung des Gläubigers zur Löschung oder Umschreibung verlangen kann, da ihm die Hypothek ipso iure zugefallen ist. Nach Hellwig müßte der Gläubiger auf die nach seiner Ansicht bereits erloschene Hypothek verzichten (§ 1169 BGB.). Eine juristische Unmöglichkeit!

Nach § 1254 kann der Verpfänder, wenn dem Pfandrecht eine Einrede entgegensteht, durch welche die Geltendmachung des Pfandrechts dauernd ausgeschlossen wird, die Rückgabe des Pfandes verlangen. Nach Hellwigs Theorie wäre auch

---

[1]) Rechtszwang S. 145.
[2]) Rechtswahrnehmung S. 131ff.
[3]) a. a. O. S. 344ff.
[4]) Hellwig, Anspruch S. 11.
[5]) v. Tuhr S. 309.
[6]) Kipp, Rechtswahrnehmung S. 136

diese Vorschrift überflüssig. Nach ihm würde das Pfandrecht erlöschen. Für diesen Fall statuiert aber bereits § 1123 BGB. eine Rückgabepflicht des Pfandgläubigers.

Darüber ist natürlich nicht zu streiten, daß im wirtschaftlichen Effekt unsere wie Hellwigs Theorie dasselbe Ergebnis zeitigt. Das Grundbuch wird bereinigt, das Pfand zurückgegeben. Aber daß das Bürgerliche Gesetzbuch es für notwendig hält, für peremtorische Einreden in diesen erwähnten Fällen besondere Vorschriften zu geben, ist Beweis genug dafür, daß diese den Anspruch nicht vernichten.

Ganz seltsam wäre, wenn durch Geltendmachung der Einrede der Anspruch zerstört würde, auch § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB. „Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde." Diese Bestimmung ist sehr zweckmäßig, weil ja „im praktischen Resultat die Leistung, da sie bei Widerspruch des Verpflichteten nicht zu erfolgen braucht, als nicht geschuldet betrachtet werden kann." [1]) Daß man aber den Anspruch im juristischen Sinne als noch bestehend betrachtet, ersieht man daraus, daß man es für notwendig befunden hat, diese Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen. Wäre nämlich Hellwigs Theorie richtig, so würde dem Verpflichteten, der in Unkenntnis (§ 814 BGB.) der Einrede erfüllt hat, die condictio indebiti bereits nach § 812 Abs. 1 zustehen. Es wird also hier direkt „der Gegensatz zwischen Nichtbestehen eines Anspruchs und peremtorischer Hemmung eines Anspruchs zum Ausdruck gebracht". [2]) Diese Schwierigkeit ist auch Hellwig nicht entgangen, und deshalb mißt er der erwähnten Bestimmung eine ganz eigentümliche Bedeutung bei. Nach ihm [3]) soll § 813 „nur jeden Zweifel darüber ausschließen, daß die condictio indebiti auch dann stattfindet (daß also die Geltendmachung der Einrede nachgeholt

---

[1]) v. Tuhr a. a. O. S. 308.
[2]) Langheineken S. 346.
[3]) Hellwig, Anspruch S. 11.

werden kann), wenn der Schuldner sie wegen Unkenntnis (§ 814) versäumt hat". Es wäre das für die Begründung der condictio indebiti nötig gewesen, da man sonst vielleicht hätte sagen können: „Ehe er die Einrede geltend gemacht hat, war ja das debitum vorhanden, also hat er nicht indebite gezahlt".[1])

Ein solcher Zweifel wäre aber auch beseitigt gewesen,[2]) wenn man allein den Satz 2 „die Vorschrift des § 222 Abs. 2 bleibt unberührt" hingesetzt hätte. Es hätte dann die Vorschrift gegolten, „das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist". Man hätte sicher Theorie und Praxis so viel zugetraut, daß sie mit Leichtigkeit den Satz herausgefunden hätten „das zur Befriedigung eines Anspruchs, dem eine ‚andere' ausschließende Einrede entgegenstand, Geleistete kann auch dann zurückgefordert werden, wenn die Leistung in Unkenntnis dieser Einrede bewirkt worden ist", vorausgesetzt natürlich, daß man es bereits nach § 812 als indebitum ansah.

Das wirtschaftliche Nichtvorhandensein des Anspruchs — wenn man vielleicht so sagen will — ist also nur eine Folge der Rechtskraft des einmal ergangenen Urteils.[3]) Juristisch wird der Anspruch nicht zerstört. „Es wird nur diejenige Seite des Rechts, welche als Zwangsmacht zu bezeichnen ist, gelähmt."[4])

Wir gewinnen daher das Resultat: Die Einrede richtet sich gegen den Anspruch. Sie kann nur im Prozesse geltend gemacht werden. In diesem Falle hemmt sie die Durchsetzung des Anspruchs, ohne denselben zu zerstören.

Bevor wir jetzt mit der Einrede die Anfechtung in Vergleich setzen, müssen wir auf deren Geschichte eingehen. Es ist nämlich unter Hinweis auf diese bestritten worden,[5]) daß

---

[1]) Hellwig a. a. O. Anm. 13.

[2]) Langheineken a. a. O. S. 345.

[3]) Kipp, Rechtswahrnehmung S. 134; Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 109 Anm. 1; Planck S. 54.

[4]) Zitelmann S. 29.

[5]) Bucerius a. a. O. S. 122.

der Gesetzgeber den Charakter der Anfechtung wegen Betruges und Drohung bewußt habe ändern wollen.

§ 4.

Die Anfechtung wegen Betruges im römischen und gemeinen Recht.

Wir beabsichtigen nicht, die ganze Anfechtungslehre des römischen Rechtes darzustellen. Wollten wir dies, so müßten wir, da das römische Recht eine einheitliche Anfechtungslehre nicht ausgebildet hat, sondern die Anfechtung in kasuistischer Weise behandelt, „den ganzen Aktionen- und Exzeptionenapparat des römischen Rechtes aufbieten".[1]) Wir begnügen uns daher mit der Anfechtung wegen Betruges (dolus).

Das altrömische Recht brachte nur in besonders krassen Betrugsfällen eine Abhilfe.[2]) Hierher haben wir den den Minderjährigen durch die lex Plaetoria angediehenen Schutz zu rechnen. l. 7 § 1 D. 44, 1: idem dicitur et si pro filio familias contra senatus consultum quis fideiiusserit, aut pro minore viginti quinque annis circumscripto: quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium quam restitutus fuerit, nec fideiiussori danda est exceptio. Auf die Verwandtschaft der exceptio legis Plaetoriae mit der exceptio doli ist bereits von Eisele[3]) hingewiesen worden, wenn erstere auch den dolus wohl nicht erwähnt hat.[4]) Zu diesen Fällen gehört ferner l. 7 pr. D. 27, 6: novissime praetor ait: in eum qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, iudicium dabo, ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur. So konnte bereits Cicero de offic. III c. 15 sagen[5]): atque iste dolus malus

---

[1]) Bruck a. a. O. S. 13.

[2]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 243.

[3]) Eisele, Materielle Grundlage usw. S. 90.

[4]) Nach Eisele lautete die exceptio ungefähr: extra quam si in ea re contra legem Plaetoriam factum est oder in factum: extra quam si Numerius tum, cum Aulus ab eo stipulatus est minor XXV annorum fuit

[5]) Burchardi a. a. O. S. 295.

etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, et circumscriptio adolescentium lege Plaetoria.[1]) Seit dem Ende der Republik greifen dann die prätorischen Rechtsmittel in vollem Umfange ein, nämlich[2]):

1. denenegatio actionis l. 1 § 5 D. 4, 3;
2. exceptio doli l. 40 D. 4, 3, l. 4 § 33 D. 44, 4;
3. die actio doli l. 1 § 1 D. 4, 3: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo;
4. eine actio in factum in gewissen Fällen (l. 11 § 1 D. 4, 3), z. B. um die Infamie fernzuhalten (et quibusdam personis non dabitur [sc. actio doli] . . . cum sit famosa);
5. restitutio in integrum.[3]) (l. 25 D. 4, 3, l. 7 § 1 D. 4, 1: et boni praetoris est potius restituere litem . . .);
6. die betreffende actio bonae fidei.[4]) (l. 13 §§ 4, 5 D. 19, 1: si venditor dolo fecerit — emti eum iudicio teneri . . . competere actionem ex vendito).

Äußerst bestritten war der Einfluß des dolus auf Rechtsgeschäfte in der gemeinrechtlichen Wissenschaft.

Bezüglich der contractus stricti iuris wurde es für unzweifelhaft gehalten,[5]) daß weder Nichtigkeit des Vertrages vorhanden, noch die Kontraktsklage gegeben sei. Hier mußte der Beklagte, sofern die clausula doli nicht dem Kontrakt hinzugefügt war, sich durch actio oder exceptio schützen. War die erwähnte clausula hinzugefügt, so war die actio ex stipulatu gegeben. l. 7 § 3 D. 4, 3 . . . sed est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non

---

[1]) Mit dem Hinweis auf die XII Tafeln sind die in l. 55 § 1 D. 26, 7 und l. 1 § 2 D. 26, 10 angeführten Gesetze gemeint, die allerdings nicht den eigentlichen Betrug, sondern schlechte Verwaltung zum Gegenstande haben. Burchardi a. a. O.

[2]) Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 83ff.; Girard S. 502.

[3]) Burchardi § 20; Bekker, Aktionen Bd. 2 S. 83; Regelsberger, Pand. S. 536.

[4]) Thibaut, Pand. Bd. 1 § 452; Windscheid Bd. 1 S. 404 Anm. 7; Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 243 Anm. 4.

[5]) Vangerow, Pand. Bd. 3 § 605; Glück Bd. 4 S. 124.

est cautum in ex empto actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est.

Bestritten[1]) war jedoch der Einfluß des dolus bei contractus bonae fidei. Hier sollte entweder der Vertrag überhaupt nichtig sein, oder wenigstens bei dolus causam dans im Gegensatz zum dolus causam incidens. Von ersteren sprach man,[2]) „wenn derselbe den Grund von dem ganzen Vertrage enthält, so daß ohne denselben der Vertrag gar nicht wäre geschlossen worden", von letzterem, „wenn selbiger nur die gegenwärtigen Modifikationen des Vertrages veranlaßt hat, so daß zwar der Betrogene dennoch würde kontrahiert haben, wenn er auch nicht betrogen worden wäre, aber nur nicht auf die Weise, wie der Vertrag nun des Betruges wegen abgeschlossen worden ist". Als caput ac fons, ex quo profluxit illecebra distinctio doli mali, dantis causam contractui bonae fidei et in talem contractum incidentis wird von Noodt[3]) l. 7 pr. D. 4, 3 bezeichnet. Vangerow hat u. E. diese heißumstrittene Stelle richtig dahin interpretiert, daß der Betrug ausschließlich von dem Sklaven, also einem Nichtpaziszenten vorausgesetzt werde, daß diese Stelle daher keinen Beweis liefere für den Fall, daß der Betrug von einem Kontrahenten ausgehe. Als Ausnahmen für die Sozietät sind zu betrachten l. 16 § 1 D. 4, 4[4]): item relatum est apud Labeonum, si minor circumscriptus societatem coierit vel etiam donationis causa, nullam esse societatem,[5]) und l. 3 § 3 D. 17, 2: societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.

---

[1]) Glück Bd. 4 S. 114; Vangerow a. a. O. § 605; Bruck a. a. O. S. 35; Burchardi S. 324ff.

[2]) Glück a. a. O.

[3]) Noodt, De form. em. dol. caput III bei Sprenger a. a. O. S. 361.

[4]) Vangerow a. a. O.

[5]) Bruck (a. a. O. S. 11) erklärt hier die Ungültigkeit aus der societas donationis causa sive Leonina, denn donationis causa societas recte non contrahitur l. 5 § 1 D. 17, 2. Es sind aber offenbar zwei Fälle gemeint: circum — scriptus — vel donationis causa. Der erstere ist von Bruck somit noch nicht erklärt.

Als positive Beweise gegen das Nullitätssystem werden fernerhin genannt[1]):

a) die Möglichkeit der Novation oder Delegation einer solchen Forderung, der die exceptio doli entgegengesetzt werden könnte. l. 12 D. 46, 2: doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est.

b) Der Betrüger ist selbst an den Vertrag gebunden, wenn der Betrogene bei demselben stehen bleiben will. l. 13 §§ 27, 28 D. 19, 1: si quis colludente procuratore ab eo emerit, an possit agere ex empto? et puto hactenus, ut aut stetur emptioni aut discedatur.

c) Wird jemand bei einem Verkauf betrogen, so erwirbt der Betrüger an der Sache Eigentum, das er wiederum gültig an einen Dritten übertragen kann, so daß dem Dritten gegenüber nicht die rei vindicatio zusteht. l. 10 C. 4, 44: dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur, quam si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio venditori . . . competit.

d) Es können aus den durch Betrug zustande gekommenen Verträgen Kontraktsklagen auf Reszission angestellt werden. l. 11 § 5 D. 19, 1: si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et is sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem . . .

Es war daher zuletzt unbedingt herrschende Meinung geworden, daß Betrug nur Anfechtbarkeit begründe.[2]) Die Anfechtungseinrede war eine nur prozessual vorgebracht wirksame „Reaktion des Anfechtenden".[3]) Daß das heutige Anfechtungsrecht ganz anders geartet ist und mit der gemeinrechtlichen Anfechtung jedenfalls nicht mehr zusammenfällt, wollen wir im folgenden darstellen.

---

[1]) Sintenis Bd. 1 S. 189 Anm. 13; Vangerow a. a. O.

[2]) Vangerow Bd. 3 § 605; Windscheid Bd. 1 § 78; Sintenis Bd. 1 § 189; v. Savigny, System Bd. 3 § 117; Sprenger a. a. O. S. 363; Burchardi S. 323ff.; Bruck S. 35; Regelsberger S. 536; Dernburg, Pand. § 104.

[3]) Bruck a. a. O. S. 45.

§ 5.

Die Anfechtung nach heutigem Recht.

Die Anfechtung erfolgt heute[1]) dem „raschen, modernen Verkehr[2]) entsprechend durch private, einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Solange, wie wir im vorhergehenden es gesehen haben, das Anfechtungsrecht ein Einrederecht war, konnte es, da Einrederechte nicht verjähren, durch Zeitablauf nicht verloren gehen".[3]) Das hatte aber wieder den Nachteil, daß die Anfechtungsgründe durch den Zeitablauf verdunkeln konnten. Man hat daher die Anfechtung aus einem Prozeßakt zu einer außergerichtlichen Anfechtungserklärung umgewandelt. Diese Erklärung kann freilich auch im Prozeß noch abgegeben werden. Sie vernichtet dann ebenso wie die außergerichtlich vollzogene das Rechtsgeschäft. Die im Prozeß abgegebene Erklärung birgt, wie wir bereits angedeutet haben, in sich eine Willenserklärung und eine Einwendung, und zwar eine rechtsverneinende Einwendung, „durch welche sich der Beklagte auf das soeben bewirkte Erloschensein des klägerischen Anspruchs beruft".[4]) Die Anfechtungserklärung selbst aber ist nicht mehr „eine Prozeßhandlung", sondern „ein materielles Rechtsgeschäft".[5]) Daher liegt nach Hellwig auch in der Prozeßvollmacht an sich noch nicht das Recht, derartige Erklärungen[6]) abzugeben oder entgegenzunehmen.[7]) Jedenfalls ändert diese Möglichkeit, die Anfechtung im Prozesse vorzunehmen — und meistens wird

---

[1]) Wir sehen hier von den Fällen ab, in denen die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht oder durch Anfechtungsklage erfolgt und behalten nur die in §§ 142 ff. geregelte Anfechtung für die Fälle der §§ 119, 120, 123 BGB. im Auge.

[2]) Bruck S. 45.

[3]) Leonhard, Allgem. Teil S. 446.

[4]) Zitelmann S. 35.

[5]) Hellwig, Verträge S. 292.

[6]) Es kommen ferner in Betracht Aufrechnung und Rücktritt.

[7]) Wir können diese sehr bestrittene Frage hier dahingestellt sein lassen, dagegen z. B. Kohler in Buschs Zeitschr. Bd. 29 S. 3; Fischer-Henle § 143 Anm. 1; Hölder im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 128; Enneccerus Bd. 1 S. 476 Anm. 11.

sie überhaupt erst dort vollzogen —, nicht das prinzipielle Wesen der Anfechtungserklärung als eines formlosen privaten Aktes. Objekt der Anfechtungshandlung ist das Rechtsgeschäft. Dieses ist nach vollzogener Erklärung als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 BGB.). Um jener oben angedeuteten Verdunklung des Tatbestandes vorzubeugen, kann das Anfechtungsrecht nur innerhalb bestimmter Fristen ausgeübt werden (§§ 121, 124 BGB.). Es soll möglichst bald „in die Rechtsverhältnisse Sicherheit und Festigkeit gebracht werden".[1])

Wir haben also so bewußte Unterschiede von der Anfechtung im gemeinen Recht, daß auf die geschichtliche Entwicklung sicher nicht, wie Bucerius[2]) meint, eine Gleichheit von heutiger Anfechtung und Einrede zu stützen ist.

§ 6.

Einrede und Anfechtung im Vergleiche miteinander.

Nach unseren bisherigen Ausführungen fallen, sobald wir Einrede und Anfechtung in Beziehung zueinander bringen, sofort einschneidende Unterschiede ins Auge:

1. Hier nur gerichtliche, dort auch außergerichtliche Ausübung des betreffenden Rechtes;
2. hier Hemmung der Durchführung des Anspruchs, dort völlige rückwirkende Zerstörung des Rechtsgeschäftes, d. h. seiner gesamten Rechtswirkungen;[3])
3. hier als Angriffsobjekt der Anspruch, dort das Rechtsgeschäft;
4. hier zeitliche Unbeschränktheit der Ausübung, dort enge Befristung.[4])

Trotzdem finden wir in der Literatur häufig eine Vermengung beider Begriffe. So bemerkt Oertmann[5]): „Eine besondere

---

[1]) Bruck S. 47; Prot. Bd. 1 S. 207. Über die Übertragbarkeit haben wir noch unten gesondert zu handeln.

[2]) Bucerius a. a. O. S. 120.

[3]) Hellwig, Anspruch S. 10.

[4]) So auch die Mot. Bd. 1 S. 359.

[5]) Oertmann, Komm. (1. Aufl.) zu § 768 Ziff. 1.

Regelung erfährt der Fall der Anfechtbarkeit der Hauptschuld (§ 770), so daß die ‚Anfechtungseinrede' auf Grund von § 768 dem Bürgen entzogen ist".[1])

Künzel[2]) meint in einer Kritik zu Fischer-Henle: „Es hätten erwähnt werden können und wohl auch sollen die Einreden der Drohung und des Betruges".

Auch aus Reichels[3]) Worten geht hervor, daß er das Anfechtungsrecht zu den Einwendungen und, da eine andere Deutung nicht möglich ist, zu den Einreden zählt. Er wendet sich gegen die Verneinung der Frage, ob der Nachübernehmer den Urschuldvertrag anfechten könne, und fährt dann fort: „Man beachte nämlich § 417, wonach er (der Nachübernehmer) befugt ist, alle Einwendungen gegen den Bestand der Urschuld ganz ebenso wie der Urschuldner selbst geltend zu machen".[4]) Unter welche Einwendungen sollte nun das Anfechtungsrecht fallen? Die Einreden des nicht entstandenen Rechtes kommen nicht in Betracht. Denn daß Arglist vorliegt, ist kein Mangel, der von vornherein eine Wirkung ausschließt, sondern wie wir gesehen haben, liegt zunächst ein voll wirksames Rechtsgeschäft vor.

Die Einwendungen des wieder erloschenen Rechtes entfallen ebenfalls. Denn solange das Anfechtungsrecht nicht ausgeübt ist, bestehen die Vertragswirkungen und können nur durch die Parteiwillkür zerstört werden. Dies ist alles so durchaus herrschende Meinung, daß nur noch die Deutung übrig bleibt, Reichel zähle die Anfechtung zu den Einreden.

Ähnlich sagt Seckel[5]): „Schollmeyer beläßt das Anfechtungsrecht beim Urschuldner, obgleich der Übernehmer dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen kann, die sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben".

Kein Wunder ist es nun, wenn wir eine besonders innige

---

[1]) Jetzt anders in der 2. Aufl.

[2]) Künzel in Gruchot Bd. 3 S. 436.

[3]) Reichel a. a. O. S. 349.

[4]) Diese Behauptung wird jedoch auf S. 580 in ihrer Allgemeinheit nicht mehr aufrechterhalten.

[5]) Seckel in der Festgabe für Koch S. 224.

Verquickung der Einrede und der Anfechtung bei den Schriftstellern finden, die eine außergerichtliche Geltendmachung der Einrede mit Zerstörungskraft annehmen, fallen ja doch hiermit zwei wesentliche Unterscheidungsmerkmale fort. Wenn man, wie Bucerius,[1]) die Einrede definiert, „als den Dispositivakt des Beklagten, mit dem er kraft der Erlaubnis des positiven Rechtes eine bestimmte Tatsache mit einem an sich vollkommenen Tatbestande mit auflösender Wirkung in Verbindung setzt", so ist es erklärlich, daß man zu dem Resultate kommt, der „aus den positiven Sätzen wachsende Einredebegriff erfasse auch die Anfechtungsrechte".[2]) Hellwig,[3]) der ja, wie wir gesehen haben, heute besonders die zerstörende Kraft peremtorischer Einreden verficht, hat allerdings gemerkt, in wie bedenklicher Weise er die Scheidewand zwischen Anfechtung und Einrede mit seiner Definition, „das peremtorische Einrederecht sei ein Anfechtungsrecht in bezug auf einen Anspruch", niederreiße, und er fühlt sich daher veranlaßt zu bemerken, dieses Anfechtungsrecht „unterstehe aber nicht den Normen über die technisch sogen. Anfechtung". Auch in seinem Lehrbuch des Zivilprozesses[4]) hebt er als Unterschiede hervor: die Verschiedenheit des Angriffsobjektes, die Befristung, und daß bei der Anfechtung die sämtlichen Rechtsfolgen, und zwar stets mit Rückwirkung auf die Zeit ihrer Entstehung vernichtet würden, der Gebrauch der Einrede dagegen lediglich die Verpflichtung des Einredenden aufhebe, und zwar mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt, in dem das Einrederecht entstanden sei. Während wir also hier immerhin noch eine scharfe Betonung der Unterschiede[5]) finden, tritt eine völlige Vermengung der beiden Begriffe bei Hölder,[6]) der ja ebenfalls Anspruchsvernichtung durch Einrede annimmt, ein. „Ist die mir zustehende Verweigerung der Leistung der mir

---

[1]) Bucerius S. 119.

[2]) Bucerius a. a. O. S. 125.

[3]) Hellwig, Anspruch S. 10.

[4]) Hellwig, Zivilprozeßrecht S. 253.

[5]) Allerdings finden wir bei Hellwig eine andere Verquickung der Einrede mit der Anfechtung, auf die wir noch unten zu sprechen kommen

[6]) Hölder, Komm. S. 408.

zustehenden Anfechtung eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes gleichartig, so gilt auch für ihre Vollziehung in Ermanglung einer anderen Bestimmung das gleiche, so daß sie erfolgt durch jedes dem Berechtigten den entsprechenden Willen kundgebende Verhalten des Verpflichteten oder einer ihn rechtsgültig vertretenden Person." Wir finden also hier bereits analoge Anwendungen der Normen des einen Instituts auf das andere. Die Konstruktion allerdings hat Hölder später insofern geändert, als er das Anfechtungsrecht nicht mehr mit dem Einrederecht identifiziert, sondern letzteres dem ersteren subordiniert. Er behauptet jetzt,[1]) Anfechtungsrecht und Einrederecht „ständen miteinander in Verbindung in dem Sinne, daß zwar das Anfechtungsrecht nicht im Einrederecht aufgehe, aber das Einrederecht nichts anderes sei als ein Anfechtungsrecht".

An anderer[2]) Stelle spricht er von der Anfechtung,[3]) sobald er von der Geltendmachung der Einrede sprechen will, gibt aber zu, daß sich die durch die Existenz einer Einrede gegebene Anfechtbarkeit „von jeder sonstigen Anfechtbarkeit dadurch unterscheide, daß Gegenstände derselben ausschließlich Ansprüche seien, daß die Anfechtung erst möglich werde durch die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs, und daß, was damit zusammenhänge, die Anfechtbarkeit oder die Möglichkeit der Geltendmachung des Anfechtungsgrundes, nicht zeitlich begrenzt sei". Trotzdem spricht er[4]) von einer Einrede des Irrtums, der Drohung, der Täuschung und Aufrechnung, und verwahrt sich energisch dagegen, daß ihm deshalb Inkorrektheit[5]) vorgeworfen werde. „Sowohl wenn die Anfechtung durch Prozeßhandlung

---

[1]) Hölder im Recht 1900 S. 163.

[2]) Hölder in Buschs Zeitschr. Bd. 29 S. 74.

[3]) Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 93 S. 105 schlägt er jedoch, um Anfechtbarkeit als Kunstausdruck zu gebrauchen, vor, hier von „Angreifbarkeit" zu reden.

[4]) Hölder im Arch. f. ziv. Prax. S. 125, 126.

[5]) Es handelt sich hier nicht um einen Streit um Worte. Denn man muß, will man nicht eine heillose Verwirrung anrichten, aus der Bezeichnung auch die Konsequenzen ziehen. Die Tragweite zeigt sich bei uns. Denn sobald wir eine Anfechtungseinrede annehmen, fällt diese unter die Einwendungen des § 417 BGB.

erfolge, als wenn sie schon früher durch private Erklärung erfolgt sei, lasse sich der Anfechtungsgrund und seine Geltendmachung als Einrede bezeichnen. Man erhebe die Einrede der Täuschung oder arglistigen Drohung, wenn man behaupte, durch eine solche zu einer übernommenen Verpflichtung bestimmt worden zu sein."[1]) Diese Bezeichnung ist aber entschieden inkorrekt.[2])[3]) Man kann, wie bereits mehrfach betont, nur sagen, durch die Anfechtungserklärung werde eine Einrede im Sinne der Zivilprozeßordnung (rechtsverneinende Einwendung) geschaffen. Würde z. B. der Beklagte vor Gericht die Erklärung abgeben, er sei betrogen worden, wolle aber hiermit nicht etwa anfechten, so wäre dies eine wirkungslose Tatsachenmitteilung, auf die der Richter nichts geben dürfte. Der Anspruch besteht unversehrt fort.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis: Das Anfechtungsrecht ist kein Einrederecht, und wenden uns jetzt einer weit verbreiteten Ansicht zu, die behauptet, daß in dem Anfechtungsrecht ein Einrederecht enthalten sei.

---

[1]) Man könnte daran denken, daß Hölder hier die Einrede aus § 853 meint. Diese Auffassung ist aber durch die Zusammenstellung mit der Irrtums- und Aufrechnungseinrede reichlich widerlegt.

[2]) So auch Leonhard S. 224; v. Tuhr S. 292; Kohler S. 200; Suppes a. a. O. S. 41; Kipp zu Windscheid Bd. 1 S. 212 Nr. 2; Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 105; Planck Bd. 1 zu § 202 Ziff. 4; Zitelmann S. 34ff.; Hellmann, Verträge S. 201; Gareis S. 151; Friedenthal S. 62; Oertmann zu § 404 Nr. 2; Langheineken S. 43, 317; Endemann Bd. 1 S. 370 Anm. 2, § 88 Anm. 21. Früher sprach letzterer auch von der Einrede des Irrtums und des Zwanges. Vgl. Langheineken S. 317 Anm. 3.

[3]) Inkorrekt ist ferner die Ausdrucksweise bei Staudinger-Kuhlenbeck zu § 417 III, 1: „Streitig ist, ob der Übernehmer auch die Einwendungen des Betruges, des Irrtums (§§ 119, 123) geltend machen kann". Rappaport (a. a. O. S. 92) will im BGB. eine Einwendung im engeren Sinne, die sich mit der anspruchsverneinenden Einwendung decke, und eine im weiteren Sinne, die Anfechtungs-, Wandelungs-, Minderungsrecht, endlich jedwedes Leistungsverweigerungsrecht umfasse, unterscheiden. Nehme man im § 417 die Einwendung im engeren Sinne, so falle gegen die Absicht des Gesetzes die Verjährungseinrede fort, nehme man die Einwendung im weiteren Sinne, so „gehe dies weit über das Maß des logisch Richtigen und praktisch Notwendigen hinaus. Die Praxis werde die richtige Grenze finden müssen". Diese ganze Einteilung ist nach der Terminologie des Gesetzes unhaltbar. So auch Strohal a. a. O. S. 95 Anm. 142.

§ 7.

Das Anfechtungsrecht enthält kein Einrederecht.

Auch als Vertreter dieser Ansicht können wir wieder Hellwig und Hölder nennen, zu denen noch Kohler hinzukommt. Wer eine Forderung anfechten kann, der kann nach Hölder[1]) auch die Leistung verweigern, „sei er doch berechtigt zu der die Verweigerung der Leistung in sich schließenden Anfechtung". Ebensowenig wie hier ein strikter Beweis geliefert wird, finden wir einen solchen bei Kohler, der von der Möglichkeit, den Anspruch anzufechten oder die Aufhebung oder Rückgängigmachung des Anspruchs zu verlangen, spricht und dann fortfährt[2]): „Wer dies kann, dem muß auch die Befugnis gegeben werden, sich dem Anspruch zu entziehen; denn wer ihn niederschlagen kann, der kann ihn auch zurückweisen, sofern er sein Gebiet berührt. Daher ist in allen Fällen, wo eine Anfechtungsbefugnis gegeben ist, auch eine Einrede gegeben. Die Einrede ist auf diese Weise ein Minus, sie zerstört nicht den Quell des Schadens, aber sie baut vor, sobald der Schaden sein Gebiet berühren will".[3])

Systematisch ist diese Lehre jedoch von Hellwig begründet worden. Eine besondere Widerlegung hat sie, soweit wir die Literatur zu übersehen vermögen, bisher nur von Langheineken erfahren, mag wohl sein, weil sie eine besondere praktische Bedeutung so lange nicht gewinnt, als der anfechtungsberechtigte Kontrahent Schuldner bezw. Gläubiger bleibt. Übt nämlich hier der Anfechtungsberechtigte sein Leistungsverweigerungsrecht vor Gericht aus, so wird meist, da das Wort „anfechten" nicht gebraucht werden muß, in der Bitte um Abweisung der Klage, z. B. wegen Irrtums oder Betrugs, eine Ausübung des Anfechtungsrechtes zu erblicken sein, so daß es sich hier nur um einen

[1]) Hölder, Komm. S. 428, 3.

[2]) Kohler Bd. 1 S. 197.

[3]) In der Enzyklopädie (Bd. 1 S. 585) spricht er sich dahin aus, daß die ständige Einrede nicht selten in Doppelstellung neben das Anfechtungsrecht trete, so daß der Anfechtungsberechtigte zwei Rechte habe: das der Anfechtung und das Recht der Einrede.

theoretischen Wortstreit handelt. Eminente Bedeutung gewinnt die Frage jedoch dann, wenn ein anderer anfechtungsberechtigt, ein anderer einrede-, aber nicht anfechtungsberechtigt ist,[1]) wie z. B. der Bürge, der Schuldübernehmer (§ 417) und der Gesellschafter (§ 129 HGB.). Ferner haben wir gesehen, daß, obwohl dies sehr bestritten ist, eine Neigung dahin besteht, die Anfechtungserklärung im Prozeß als ein dort stattfindendes materielles Rechtsgeschäft und nicht als Prozeßhandlung anzusehen, so daß die Prozeßvertreter Spezialvollmachten zur Abgabe bezw. Empfangnahme der Anfechtungserklärung aufweisen müßten. „Hat nun die Anfechtbarkeit einer Verpflichtung die Folge, daß vor erfolgter Anfechtung ihre Erfüllung bis zur Entscheidung darüber, ob die Anfechtung erfolgen wird, verweigert werden kann, so ist das Vorschützen dieses Rechtsbehelfes eine Prozeßhandlung.“[2]) Die Folge ist, daß wenn man sich der erwähnten Richtung anschließen würde, zur Geltendmachung des Einrederechtes eine Vollmacht nicht nötig wäre.

Auch nach Hellwig[3]) ist das Recht, die Leistung zu verweigern, „nur der Ausfluß des umfassenderen Anfechtungsrechtes“. Als Beweis hierfür führt er den § 2083 an: „Ist eine letztwillige Verfügung, durch die eine Verpflichtung zu einer Leistung begründet wird, anfechtbar, so kann der Beschwerte die Leistung verweigern, auch wenn die Anfechtung nach § 2082 (wenn die Anfechtung nicht binnen Jahresfrist erfolgt oder seit dem Erbfall 30 Jahre verstrichen sind) ausgeschlossen ist“. Das charakteristische Wörtchen „auch“ soll beweisen, daß doch auch vorher schon das Leistungsverweigerungsrecht vorhanden gewesen sei.[4]) „Die nach § 2083 bestehende Einrede entstehe nicht neu, sondern sie sei ein residuum.“[5]) Daraus folge auch, „daß es sehr wohl angängig sei, von einer Anfechtungseinrede als dem Recht auf Grund der Anfechtung, die Leistung dauernd zu verweigern, zu

---

[1]) Inwiefern dies begründet ist, werden wir noch zu untersuchen haben.

[2]) Hellwig, Verträge S. 293.

[3]) Hellwig, Anpruch S. 17 ff.; derselbe, Zivilprozeßrecht S. 254; derselbe, Verträge S. 292.

[4]) Hellwig, Anspruch S. 17 Anm. 37.

[5]) Hellwig, Anspruch S. 18 Anm. 40.

sprechen".[1]) Demgegenüber hat Langheineken[2]) wohl mit Recht behauptet, daß das Wörtchen „auch" in § 2083 in keiner Weise zu der Annahme berechtige, daß auch vor Ausschluß der Anfechtung die Leistung auf Grund der Anfechtbarkeit hätte verweigert werden können. Die richtige Interpretation sei wohl die, „er könne die Leistung noch verweigern, wenn die Anfechtung ausgeschlossen ist". Ganz schlagender Beweis sollen aber nach Hellwig die unmöglichen Konsequenzen sein, die sich bei Nichtannahme seiner Ansicht ergäben. Unterstützung erhält er jetzt durch Reichel,[3]) der mit Rücksicht auf jene Konsequenzen meint: „Eine derartige Unbill kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, sie wird daher nicht gewollt sein". Wir wollen daher zusehen, ob die Lage des nicht Anfechtungsberechtigten, dem man die Anfechtungseinrede nicht zubilligen würde, wirklich so verzweifelt wäre.

Hellwig[4]) setzt den Fall, daß eine Zession anfechtbar sei und der Zessionar vor erfolgter Anfechtung die Schuld einklage, der debitor cessus aber Kenntnis von der Anfechtbarkeit der Zession habe. Leistet dieser nicht, so wird er, falls die Anfechtung der Zession unterbleibt, verurteilt und hat obendrein die Kosten zu tragen. Leistet aber auf die Aufforderung des Klägers hin der debitor cessus und erfolgt jetzt Anfechtung der Zession durch den Zedenten, so ergibt sich folgende Rechtslage. Nach § 144 Abs. 2 BGB. wird der debitor cessus so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes gekannt hätte. Zunächst muß er also an den Zedenten noch einmal leisten. Eine condictio indebiti gegen den Zessionar aber ist nach dem § 814 in Verb. mit § 142 nicht statthaft.

Tatsächlich ist die Lage des debitor cessus nicht so schlecht. Erstens nämlich ist der debitor cessus nach § 410 BGB. dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet. Stellt nun der Zedent eine

[1]) Hellwig, Zivilprozeßrecht S. 254.
[2]) Langheineken S. 318.
[3]) Reichel a. a. O. S. 350.
[4]) Hellwig, Verträge S. 293/94: Langheineken S. 319.

solche Urkunde aus und legt diese der Zessionar dem debitor cessus vor, so steht dies einer Anzeige gleich (§ 409 Abs. 1 Satz 2), die der Zedent dem debitor cessus gegenüber auch dann gegen sich gelten lassen muß, wenn die Abtretung nicht erfolgt ist oder nicht wirksam ist.[1]) Hiergegen hat Hellwig nur einzuwenden, daß dies nur zutreffe für die Fälle, in denen die Anzeige der Zession bezw. die Ausstellung der dem Schuldner eingehändigten Zessionsurkunde nicht selbst anfechtbar sei. Das ist allerdings zuzugeben. Für diese Fälle aber steht dem debitor cessus immer noch das Mittel der Deposition zur Verfügung[2]) (§§ 372, 383 BGB.). Die einzige Entgegnung Hellwigs hierauf ist, daß es in allen Fällen, in denen der Schuldner Einwendungen gegen die Schuld zu machen hat, „eine große Belastung wäre, zu diesem Mittel zu greifen". Immerhin bleibt diese Belastung doch nicht ein so gewichtiges Argument, das dazu drängen müßte, einen Rechtsbehelf aus dem Gesetze herauszulesen, der in demselben nicht enthalten ist.[3])

Ein ferneres Argument ist aus der Bürgschaft hergenommen.[4]) Bestätigt der Hauptschuldner das anfechtbare Geschäft, so fällt das Anfechtungsrecht weg (§ 144 BGB.). Da nun der Bürge die dilatorische Einrede aus § 770 nur so lange hat, als der Hauptschuldner anfechten kann, so müßte er jetzt leisten. Da nach Hellwig das Anfechtungsrecht das Mehr gegenüber dem Einrederecht ist, so ist es nach ihm unmöglich, daß das Gesetz den Bürgen das Einrederecht durch Verzicht des Hauptschuldners nicht verlieren lasse, daß der Bürge aber des umfassenderen Rechtes auf diese Weise verlustig gehen soll. Nach ihm bleibt

---

[1]) So auch Planck Bd. 1 zu § 142 Nr. 4; Fischer-Henle § 142 Anm. 4; Staudinger-Riezler § 142 Nr. 7b.

[2]) vgl. die in der vorigen Anm. Zitierten.

[3]) In günstigerer Lage befindet sich der debitor cessus nach dem ungar. allgem. BGB., da § 1766 bestimmt: „Eine behufs Erfüllung einer Verbindlichkeit gemachte Leistung kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat, daß er die Leistung nicht schuldete, es sei denn, daß er die Leistung in einer der anderen Partei erkennbaren Zwangslage oder mit Vorbehalt seines Rückforderungsrechtes machte". Dieser Vorbehalt kann vom debitor cessus gemacht werden.

[4]) Hellwig, Anspruch S. 18.

daher nach Wegfall des umfassenderen Anfechtungsrechtes die fortdauernde Einrede bestehen, die der Bürge nach § 768 Abs. 2 durch Verzicht des Hauptschuldners nicht verlieren kann.

Diese Einrede sei wegen § 768 Abs. 2 peremtorisch. Nach Hellwigs[1]) Vernichtungstheorie zerstört ihr Gebrauch die Bürgschaftsschuld, während der Gläubiger dem Hauptschuldner gegenüber seine Rechte nicht verliert. Dieselbe peremtorische Einrede habe der Schuldübernehmer nach § 417 Abs. 1 und der Handelsgesellschafter, wenn er nach seinem Austritt belangt werde (§§ 138, 140 HGB.), dilatorisch sei sie, wenn er noch Mitglied sei (§ 129 Abs. 2 HGB.). Das beste Argument gegen diese Ausführungen gewährt das Gesetz selbst. Wenn nämlich nach § 768 der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann, so würde hierunter auch die Anfechtungseinrede fallen.[2]) Hellwig muß daher den § 770 Abs. 1 als „mindestens überflüssig bezeichnen. Die in § 770 gewährte Einrede ist übrigens unbedingt nicht peremtorisch, was sich zweifellos aus § 202 BGB. ergibt.

Ist nun unser Resultat so unannehmbar? Wenn das Urschuldverhältnis durch Betrug oder Drohung zustande gekommen ist, so steht, wie wir sehen werden, dem Bürgen die Einrede aus § 853 zu. Ist es wegen Irrtum anfechtbar, so muß der Bürge allerdings leisten. Findet man dies Ergebnis von der Seite des Bürgen aus betrachtet, so ungeheuerlich, so ist, was von Hellwig ganz außer acht gelassen wird, u. E. doch auch die Lage des Gläubigers in Betracht zu ziehen. An dem Irrtum des Hauptschuldners ist er nicht schuld und weiß nichts von ihm (sonst könnte nämlich in dem Verschweigen eine arglistige Täuschung liegen). Nun hält er sich doch an den Bürgen (abgesehen von selbstschuldnerischer Bürgschaft) nur, wenn der Hauptschuldner mittellos ist. Würde also jetzt der Bürge verweigern können, so kommt der Gläubiger ganz um die Erfüllung seiner Forderung, bloß weil der Schuldner sich geirrt hat, während jener vielleicht aus Anstandsgefühl nicht anfechten

[1]) Hellwig a. a. O. Anm. 40, 41.

[2]) Dieselbe Situation ergibt sich in den §§ 1137 u. 1211 BGB.

will, um bei seiner gegenwärtigen Mittellosigkeit den Gläubiger wenigstens auf den Bürgen zu verweisen, der ja mit einem eventuellen Verluste immerhin von vornherein rechnen mußte. Hatte sich aber der Bürge selbstschuldnerisch verbürgt, so ging er bald ein solches Risiko ein und rechnete mit diesem, so daß es billiger ist, ihn, als den Gläubiger, den Schaden eines dem Hauptschuldner unterlaufenen Irrtums tragen zu lassen.

Nach unserer Auffassung sind also der §§ 770 und die ihm gleichenden §§ 1137 u. 1211 singuläre Fälle einer neben dem Anfechtungsrecht bestehenden Einrede. Der Vorschlag Hellwigs, dem Schuldübernehmer eine peremtorische Einrede zuzubilligen, der ja bei ihm sich zwanglos aus der Konstruktion ergibt, hat in der Literatur insoweit wenigstens Anklang gefunden, als mehrere Schriftsteller dem Schuldübernehmer eine dem § 770 Abs. 1 analoge dilatorische Einrede zubilligen wollen. Allerdings wird die Zulässigkeit derselben nicht wie von Hellwig konstruktiv bewiesen, sondern meist nur aus Rücksicht auf die Konsequenzen gefordert. Reichel[1]) allerdings lehrt außerdem, daß § 770 Abs. 1 gemeinsames Recht für alle Interzessionsarten darstelle. Dies ist wohl nach der Stellung des Paragraphen nicht anzunehmen. Er hätte dann seinen Platz wohl im allgemeinen Teil gefunden und nicht bei der Regelung eines ganz bestimmten einzelnen Rechtsinstitutes: der Bürgschaft. Diese Ansicht wird auch durch die Entstehungsgeschichte des Paragraphen gerechtfertigt. Derselbe wurde erst durch die 2. Kommission eingefügt, speziell[2]) um die Lage des Bürgen zu verbessern. Kuhlenbeck[3]) glaubt „mit Hellwig auch dem Übernehmer eine dem § 770 Abs. 1 entsprechende verzögerliche Einrede für den Fall der Anfechtbarkeit zubilligen zu dürfen, da die ratio legis dieses Paragraphen auch bei privativer Schuldübernahme zuträfe. Der Urschuldner könnte, wenn der Übernehmer aus dem Kausalgeschäft mit ihm abrechne, unter Umständen geltend machen, daß die für ihn an den

---

[1]) Reichel a. a. O. S. 349.
[2]) Planck Bd. 2 zu § 770 Ziff. 1.
[3]) Staudinger-Kuhlenbeck § 417 III Ziff. 2.

Gläubiger geleistete Zahlung nichtig sei, weil er die Schuld nachträglich angefochten habe". Jedenfalls stimmt diese Ansicht nicht, wie Kuhlenbeck meint, mit der Hellwigs überein, der ja dem Schuldübernehmer eine peremtorische Einrede zugesteht, und dies nicht als besondere erst durch die Auslegung zu findende Rechtswohltat, sondern gewissermaßen als Abart der stets vorhandenen Anfechtungseinrede. Für die Fälle nun, wo das Urschuldverhältnis durch Täuschung oder Drohung zustande kam, ist ein Bedürfnis für eine dilatorische Einrede überhaupt nicht vorhanden, da hier § 853 genügenden Schutz gewährt. Ob bei der Anfechtbarkeit wegen Irrtums ein solches vorliegt, wollen wir noch prüfen,[1]) nur ist u. E. ein Anhalt im Gesetze nicht zu finden. Es wäre also höchstens eine Lücke im Gesetz zu konstatieren, die sich jedenfalls nicht konstruktiv, vielleicht aber nach Analogie überbrücken läßt. Deshalb sprechen sich nach geltendem Recht auch Planck,[2]) Westerkamp,[3]) Langheineken[4]) von vornherein gegen die Gewährung der Einrede aus.[5]) Detert hält ein Bedürfnis für nicht gegeben; denn entweder „habe der Übernehmer das Äquivalent für seine Leistung an den Gläubiger vom Urschuldner schon erhalten, wenn nämlich die Übernahme in Anrechnung auf den Kaufpreis erfolgt sei, oder er könne es noch verlangen, und zwar selbst dann, wenn auch die Schuld nachträglich angefochten sei, da er geleistet habe, wozu er zur Zeit der Leistung noch verpflichtet war. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Urschuldner ihm gegenüber geltend machen könnte, er habe ein indebitum geleistet und daher nichts von ihm zu fordern; denn gerade den Urschuldner treffe die Schuld, daß ein indebitum geleistet sei. Er hätte ja rechtzeitig anfechten können und

---

[1]) Außer den Genannten bejahen die Frage Strohal a. a. O. S. 96 Anm. 143; Oertmann, Schuldverhältnisse S. 295 Nr. 4; Fontheim a. a. O. S. 81; Seckel, Gestaltungsrechte S. 227; v. Tuhr, Krit. VSchr. Bd. 43 S. 466.

[2]) Bd. 2 zu § 417 Ziff. 3.

[3]) a. a. O. S. 429.

[4]) a. a. O. S. 317.

[5]) Detert a. a. O. S. 71.

dadurch dem Übernehmer die Einrede der Nichtigkeit verschaffen können". Diese Argumentation ist allerdings nicht richtig. Die Sachlage ist vielmehr folgende: Hat der Übernehmer in Unkenntnis der Anfechtbarkeit gezahlt und wird jetzt von dem Urschuldner angefochten, so bleibt dem Übernehmer dem Gläubiger gegenüber die Kondiktion, die dem Schuldner allerdings, wie Reichel[1]) bemerkt, einen zahlungsunfähigen Schuldner gegenüberstellen kann. Hat der Übernehmer vom Urschuldner das Äquivalent bereits erhalten, so kann der Urschuldner von dem Übernehmer nicht nochmals Zahlung an sich verlangen, weil etwa die Gegenleistung des Übernehmers an den Urschuldner, die in der Schuldübernahme bestand, nichtig sei und also als nicht erfolgt gelte. Dem Übernehmer ist vielmehr die Gegenleistung für das Äquivalent, die in Zahlung an den Gläubiger des Urschuldners bestand, unmöglich geworden infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat (§ 275 BGB.), denn eine etwaige Zahlung würde der Eigenschaft der Erfüllung einer Verbindlichkeit ermangeln. Er wird daher von dieser Leistung frei. Der Urschuldner kann aber seine bereits an den Übernehmer bewirkte Leistung nach § 323 Abs. 3 nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern. Hat der Übernehmer das Äquivalent noch nicht erhalten, so kann er es nicht mehr fordern, hat aber auch seinerseits nichts zu leisten (§§ 323, 275 BGB.). Das Resultat ist also eine eventuelle Benachteiligung des Übernehmers in der von Reichel angegebenen Weise. Wichtig ist nun für uns die Situation des Übernehmers, wenn er die Anfechtbarkeit kennt; sie ähnelt unbedingt der bereits betrachteten des debitor cessus, der von der Anfechtbarkeit der Zession weiß. Leistet er nicht, so wird er kostenpflichtig verurteilt. Zahlt der Übernehmer an den Gläubiger, so steht ihm nach §§ 142 Abs. 2 und 814 eine condictio nicht zu. Hat er das Äquivalent bereits erhalten, so kann der Urschuldner es von ihm kondizieren (§ 323 Abs. 3), da ja die Zahlung an den Gläubiger als Nichtzahlung gilt und daher nicht als Gegenleistung

[1]) Reichel a. a. O. S. 350.

betrachtet wird, eine solche auch nicht mehr erfolgen kann, so daß hier der Übernehmer tatsächlich einen Schaden hat. Die Berufung auf Treu und Glauben erscheint jedoch nicht durchschlagend. Könnte nämlich der Anfechtungsberechtigte nicht anfechten, sobald der Übernehmer gezahlt hat, so würde er, wenn er z.B.durch Irrtum eine für ihn wertlose Sache (innerhalb des Urschuldverhältnisses) erstanden hat, einen Vermögensverlust dadurch erleiden, daß ja wiederum der Kaufpreis im Innenverhältnis zwischen ihm und dem Übernehmer zur Verrechnung kommt, während er selbst die für ihn wertlose Sache behalten muß. Er wehrt also durch die Anfechtung einen ihm drohenden Schaden ab, was sicher nicht gegen Treu und Glauben, die guten Sitten oder § 226 verstößt. Das Resultat ist nun allerdings insoweit unbefriedigend, besonders da hier anders wie oben bei der Zession die Sicherung durch die §§ 409 u. 410 und ferner die Deposition nach §§ 372 u. 383 in Fortfall kommt, da ja eine Ungewißheit über die Person des Gläubigers nicht besteht. Von der praktischen Seite betrachtet ist das Ergebnis nicht so schlimm, denn wie wir schon vorweg bemerken können, steht, sobald Betrug oder Drohung in Frage kommt, dem Übernehmer die Deliktseinrede zu. Bei Irrtum muß der sich Irrende unverzüglich anfechten, so daß eine nicht rechtzeitige, für den Übernehmer zu spät kommende und gegen Treu und Glauben verzögerte Anfechtung hier überhaupt ausgeschlossen ist. Der Übernehmer kann also den Urschuldner, sobald er etwa früher als der Urschuldner erfährt, daß der Urschuldner sich geirrt habe, und es ist dies immerhin denkbar, sofort benachrichtigen und so lange die Leistung verweigern. Dieser müßte dann unverzüglich anfechten. Allerdings nimmt der Übernehmer für den Fall, daß nicht angefochten wird, mit einem solchen Verhalten die Folgen des eventuellen Verzuges auf sich, die aber bei der Schnelligkeit der heutigen Verkehrsmittel unwesentlich sein werden. Immerhin ist die theoretische Möglichkeit einer vom Gesetz sicher nicht gewollten Benachteiligung des Übernehmers gegeben, so daß wir uns dafür aussprechen, diesem eine dem § 770 Abs. 1 BGB. analoge Einrede zu gewähren.

§ 8.

Die Deliktseinrede aus der arglistigen Täuschung.

Wir hatten bereits mehrfach vorweg bemerkt, daß dem Getäuschten außer dem Anfechtungsrecht eine Einrede aus § 853 zustände, und wollen diese Behauptung jetzt auf ihre Richtigkeit hin prüfen.

Sicher ist, daß der Getäuschte, wenn die arglistige Täuschung einen strafrechtlichen Betrug darstellt, wegen Verletzung eines den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes (§ 263 StGB.) einen Schadensersatzanspruch hat (§ 823 Abs. 2 BGB.). Hölder[1]) behauptet zwar, daß der Schuldige dem Getäuschten nur nach § 826 ersatzpflichtig sei, daß dagegen der für die Ersatzpflicht außerdem angeführte § 823 auf den Getäuschten keine Anwendung finde. „Es sei nicht etwa dessen Freiheit im Sinne von Willensfreiheit verletzt, denn sein Wille sei nicht im anderen Sinne unfrei gewesen als in jedem Falle eines für ihn bestimmten Irrtums." Aber mag selbst die Anwendung des § 823 Abs. 1 zweifelhaft sein, so kann doch kein Zweifel darüber herrschen, daß die Tatbestandsmerkmale des § 263 StGB. erfüllt sein können und dann doch sicher § 823 Abs. 2 BGB. Anwendung finde.[2]) In dem Schadensersatzanspruch aber „steckt als die Hauptsache der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit".[3]) Gegenüber dem Anspruch auf Erfüllung einer Verbindlichkeit aber steht dem Verletzten eine selbständige Einrede zu.[4]) „Die Einrede ist hier nicht ein residuum des Anfechtungsrechts, sondern des Deliktsanspruchs auf Befreiung."[5]) Ist nun diese Einrede auch vorhanden, wenn der Tatbestand der arglistigen Täuschung sich nicht mit dem eines strafrechtlichen Betruges deckt?

---

[1]) Hölder, Allgem. Teil Bem. 7 zu § 123.

[2]) So auch Staudinger zu § 123 VI; Enneccerus S. 417; Crome Bd. 1 S. 429.

[3]) Hellwig, Anspruch S. 15.

[4]) So Langheineken a. a. O. S. 320 Nr. 1 a. E.; Westerkamp a. a. O. S. 430 (mit Dernburg S. 399 § 287 IV); Hellwig, Anspruch S. 15 Ziff. 3; Enneccerus S. 418; Planck Bd. 2 S. 1054, Bd. 1 § 222 Ziff. 3c.

[5]) Hellwig, Anspruch S. 15 Anm. 19.

Während der 1. Entwurf die Anfechtung wegen „Betruges“ zuließ, wurde in der 2. Kommission dieser Ausdruck durch „arglistige Täuschung“ ersetzt. Die Protokolle (Bd. 2 S. 119) bemerken hierzu: „Diese Änderung stelle in zweckentsprechender Weise in Übereinstimmung mit der dem Entwurf zugrunde liegenden Auffassung klar, daß im Abs. 1 nicht notwendig ein Betrug im Sinne des Strafgesetzbuches vorausgesetzt werde, daß vielmehr eine die Anfechtung begründende Beeinflussung des Willens auch dann als vorliegend zu erachten sei, wenn infolge des Verhaltens des anderen Teiles der Anfechtende einen vermögensrechtlichen Schaden nicht erlitten habe“. Fällt also Betrug und arglistige Täuschung nicht immer zusammen, so werden wir die Frage beantworten müssen, ob die arglistige Täuschung stets gegen die guten Sitten (§ 826 BGB.) verstoße, da ja nur noch dieses Delikt in Frage kommen kann. Die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuchs scheinen dies anzunehmen. Heißt es doch in der Denkschrift[1]) zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs: „Hat der Getäuschte oder Bedrohte durch Versäumung der einjährigen Frist das Anfechtungsrecht verloren, so bleibt ihm noch der Schadensersatzanspruch, der ihm aus der widerrechtlichen Täuschung oder Drohung nach den Vorschriften über die Haftung aus einer unerlaubten Handlung (§§ 807, 810) erwächst, und auch nach der Verjährung dieses Anspruchs (§ 836) kann er, wenn aus der widerrechtlich herbeigeführten Willenserklärung für ihn eine Verpflichtung gegenüber dem Urheber der Täuschung oder Drohung entstanden ist, die Erfüllung derselben dauernd verweigern (§ 837)“. Derselben Ansicht muß man auch sein, wenn man z. B. definiert[2]): „Arglistige Täuschung liegt dann vor, wenn vorsätzlich, böswillig, durch Handeln wider besseres Wissen der fremde Wille zur Abgabe einer Willenserklärung (Vornahme eines Rechtsgeschäfts) bestimmt worden ist, und zwar durch Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums“. Denn in diesen Fällen liegt sicher ein Verstoß gegen die guten Sitten vor. Dagegen wird man einen Verstoß gegen dieselben

[1]) Denkschr. z. Entw. eines BGB. S. 614.
[2]) Crome Bd. 1 S. 429.

dann nicht für vorliegend erachten, wenn die Täuschung in guter Absicht (pia fraus)[1]) geschehen ist und man trotzdem arglistige Täuschung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches annimmt. Es fragt sich daher sehr, ob in solchen Fällen eine arglistige Täuschung noch vorhanden sei. Endemann,[2]) Planck,[3]) Oertmann,[4]) Enneccerus[5]) halten selbst hier arglistige Täuschung für gegeben. Gegen diese Annahme haben sich Leonhard,[6]) Kaufmann,[7]) Gareis,[8]) Staudinger[9]) ausgesprochen. Leonhard (S. 523) führt folgenden Fall an: „Es verschweigt jemand einem anderen aus Schonung, daß dessen Leiden ein tödliches ist, und veranlaßt ihn hierdurch zu Ausgaben, die er sonst nicht gemacht haben würde, z. B. zum Ankauf eines Hauses. Dem Betrogenen stehe hier gegen den Verkäufer, der diese Täuschung kannte und ebenfalls aus Schonung aufrechterhielt, ein Anfechtungsrecht nicht zu". Man wird sich in der Tat dieser Auslegung des Gesetzes anzuschließen haben und mit Gareis[10]) annehmen: „arglistig schließt die gute Absicht aus: eine List, die arg ist, ist schlecht, sei es an sich durch das Mittel oder durch den Zweck schlecht gemacht; schlecht aber ist entweder gesetzwidrig oder unmoralisch oder beides zugleich". Es wird also, wenn wirklich arglistige Täuschung vorliegt und ein Schaden entstanden ist, stets entweder wegen Betruges oder Verstoßes gegen die guten Sitten die Deliktseinrede[11]) aus § 853 gegeben sein. Diese Einrede steht aber zweifellos dem Schuld-

---

[1]) Endemann S. 355 Anm. 4.
[2]) a. a. O. S. 355 Anm. 4.
[3]) Bd. 1 S. 221.
[4]) Bd. 1 S. 380 b.
[5]) Bd. 1 S. 414 ff.
[6]) Allgem. Teil S. 523.
[7]) Allgem. Teil S. 109.
[8]) Allgem. Teil S. 149.
[9]) Bd. 1 S. 428 IV, 11.
[10]) Gareis, Allgem. Teil S. 149.
[11]) Das Reichsgericht hat dieselbe in RG. Bd. 60 S. 295 fälschlich als „Anfechtungseinrede" bezeichnet. Gegen diese Bezeichnung wendet sich Schreiber in Gruchot Bd. 53 S. 298.

übernehmer zu,[1]) denn sie ist, wie wir bereits erwähnten, nicht ein Surrogat des Anfechtungsrechtes, sondern sie beruht auf dem Gedanken, daß der Gläubiger aus der von ihm durch die unerlaubte Handlung gegen den Verletzten erlangten Forderung keinen Vorteil ziehen soll, sie steht also nicht nur dem Anfechtungsberechtigten, sondern selbständig dem Übernehmer zu.[2]) Seckel[3]) will diese Betrugseinrede dem Übernehmer versagen, da er zugleich Rückübereignung der Kaufsache anbieten müßte; das könne er aber nicht ohne den Willen des derzeitigen Eigentümers. Die hier von Seckel statuierte Ausnahme findet jedoch keinen Anhalt im § 417 Abs. 1, der alle Einwendungen, also auch alle Einreden, unterschiedslos auf den Schuldübernehmer übergehen läßt. Es ist ja allerdings zuzugeben, daß es billiger wäre, die beispielsweise gekaufte Sache bei Gebrauch der Einrede zurückzugeben. Das Gesetz aber verlangt dies vom Übernehmer nicht, und man kann ihn daher nicht eines Rechtsmittels für verlustig erklären, das ihm nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes zusteht. Wenn also Reichel in gerechter Entrüstung über die „handgreifliche Härte", die durch Versagen einer dem § 770 Abs. 1 analogen dilatorischen Einrede hervorgerufen wird, ausruft: „Soll wirklich, so fragt man billig, der ahnungslose Mitübernehmer einer erlisteten oder ertrotzten Schuld wehrlos dem Belieben des Urschuldners, dem Zugriffe des Gläubigers ausgesetzt sein?", so wird man ihn durch den Hinweis auf die Einrede aus § 853 trösten können, die sowohl dem Mit- als dem Nachübernehmer zusteht.

Fassen wir daher unser bisheriges Resultat zusammen, so erhalten wir folgendes Ergebnis:

1. Das Anfechtungsrecht wäre mit den Einwendungen auf den Nachübernehmer nur übergegangen, wenn es eine Einrede im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs wäre oder eine solche gewährte. Beides mußten wir verneinen.

---

[1]) So auch Kipp-Windscheid S. 212; Enneccerus S. 413 III; Westerkamp S. 430; Langheineken S. 320; Hölder S. 277 Nr. 7; RG. Bd. 63 S. 269.

[2]) Strohal a. a. O. S. 97.

[3]) Seckel a. a. O. S. 227 Anm. 3.

2. Eine dem § 770 Abs. 1 analoge dilatorische Einrede, die dem Nachübernehmer zustände, ergibt sich nicht konstruktiv aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch, ist aber aus Billigkeitsrücksichten dem Übernehmer zu gewähren.

3. Beim Vorliegen arglistiger Täuschung oder Drohung steht dem Urschuldner die Deliktseinrede aus § 853 zu, die unter den Einwendungen (§ 417 Abs. 1) auf den Übernehmer übergeht.

Geht das Anfechtungsrecht, ohne daß es unter § 417 fällt, auf den Schuldübernehmer über?

Wir hatten bisher untersucht, ob kraft ausdrücklicher Bestimmung das Anfechtungsrecht auf den Schuldübernehmer übergeht. Wir kamen zur Verneinung dieser Frage und wollen im folgenden nun untersuchen, ob das Anfechtungsrecht nach seiner Natur bezw. wegen der Konstruktion der Schuldübernahme auf den Übernehmer übergeht, ohne daß es einer ausdrücklichen Bestimmung bedarf. Wir wollen auch hier einen Blick in die geschichtliche Entwicklung tun.

§ 9.

Der Übergang des Anfechtungsrechtes auf den Schuldübernehmer nach römischem und gemeinem Recht.

Wir hatten bereits gesehen, daß das hauptsächlichste Mittel des Betrogenen das Vorschützen der exceptio doli war. Diese exceptio konnte auch einem anderen als dem Betrogenen zustehen, wie es in l. 7 § 1 D. 44, 1 anerkannt ist[1]): rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidei iussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iuris iurandi, quod metus causa factum est. Wenn wir nun fragen, ob diese exceptio doli auch dem Schuldübernehmer zustand, so müssen wir zunächst feststellen, daß das römische Recht eine Schuldübernahme in unserem Sinne nicht

[1]) Windscheid, actio S. 185.

gekannt hat. Es hatte nur „Surrogate“ derselben[1]): Novation (Delegation und Expromission) und „die Übertragung der Ausübung der obligatio“ (defensio in rem suam). Dem römischen Recht wohnte „das Prinzip der Unlösbarkeit des obligatorischen Verhältnisses von seinem Träger inne“. Die deutlichste Stelle, in der dies ausgesprochen ist, finden wir bei Gaius II § 38: obligationes quoquo modo contractae nihil eorum (sc. mancipatio, in iure cessio, traditio) recipiunt, nam quod mihi ab aliquo debetur id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit ut a me liberetur et incipiet tibi teneri, quae dicitur novatio obligationis. An diesem Satz hat man bis Delbrück unentwegt festgehalten, so daß Windscheid[2]) noch sagen konnte: discebamus pueri ut carmen necessarium. Welches Schicksal hatten nun die Einreden bei diesen Surrogaten? Trat ein procurator in rem suam auf, so war es natürlich dieselbe Schuld, die er als defensor auf sich nahm, wie die seines Mandanten: die Einreden blieben daher bestehen. Die condemnatio erfolgte ja nur zu derselben Leistung, zu der der Mandant verurteilt worden wäre.[3])

Fraglich war die Erhaltung der Einreden bei dem anderen der Surrogate, bei der Novation. Hier bestand ein Streit, der auch mit der Endigung der Geltung des gemeinen Rechtes eine Entscheidung noch nicht gefunden hat. Seit v. Salpius[4]) machte man nämlich zum Teil einen Unterschied zwischen reiner (abstrakter, beziehungsloser) Delegation (centum mihi dare spondes? spondeo) und titulierter (bezugnehmender, relativer) Delegation und Expromission (centum quae Titius ex mutuo mihi debet, mihi dare spondes? spondeo; quod vel quidquid Titius ex vendito mihi debet, mihi dare spondes? spondeo) und nahm an, daß bei dieser die Einreden aus der alten Obligation erhalten blieben.[5])

---

[1]) Gürgens a. a. O. S. 233.

[2]) Windscheid in Krit. Überschau Bd. 1 S. 27.

[3]) Danz in Jherings Jahrb. Bd. 19 S. 110.

[4]) Unger, Schuldübernahme S. 19 Anm. 13.

[5]) vgl. Salkowski a. a. O. S. 393ff.; v. Salbius S. 355ff.; Unger a. a. O.; Menzel a. a. O. S. 597 Anm. 43; Vangerow Bd. 3 S. 377; Danz

Eine Ausnahme für die exceptio doli hat man jedenfalls nicht gemacht.

Der Umschwung in diesen Anschauungen von der Unübertragbarkeit der Schuld trat erst mit der berühmt gewordenen Schrift Delbrücks „Die Übernahme fremder Schulden“ ein. Delbrück läßt die Einreden auf den Schuldübernehmer übergehen. Die Konstruktion[1]) dieses Überganges wurde allerdings alsbald heftig befehdet. Nach Delbrück[2]) ist nämlich die obligatio „ein lebendiges Verhältnis zwischen Personen; Forderung und Schuld sind der feste, sachliche Niederschlag desselben“. Die Schuld[3]) ist nun nach ihm nicht ein „Abstraktum, sondern eine individuell bestimmte, konkrete Sache. Diese Individualität bestimme sich teils durch den Grund der Forderung, teils durch die infolge späterer Handlungen oder Verhandlungen hinzutretenden Modifikationen. Einreden also, sofern sie überhaupt auf den Nachfolger übergingen, seien nicht für sich bestehende Rechte des Schuldners, welche einen besonderen Bestandteil seines Vermögens ausmachten, sondern Qualitäten der Schuld, sie seien, wie schon der römische Jurist sich ausdrücke, rei cohaerentes (l. 7 D. 44, 1)“. Daher läßt Delbrück alle Einreden, welche dem Schuldner zur Zeit der Übernahme zustanden, auf den Übernehmer übergehen, mit Ausnahme derjenigen, welche rein prozessualischer Natur sind. Auch die exceptio doli und die exceptio pacti de non petendo gehen über. Diese Auffassung wurde von Kunze (a. a. O. S. 320f.), Menzel (a. a. O. S. 677) und Gürgens (a. a. O. S. 299) verworfen. Letzterer geht von dem richtigen Gedanken aus, daß die Verpflichtung des Übernehmers identisch sei mit der Verpflichtung des Schuldners

---

in Jherings Jahrb. Bd. 19 S. 110; Regelsberger in Jherings Jahrb. Bd. 39 S. 469; and. A. Gürgens a. a. O. S. 240; Hasenöhrl S. 232 Anm. 7; Sintenis S. 457; Thöl Bd. 1 S. 1100; Wächter Bd. 2 S. 414.

[1]) Auf die verschiedenen über die Singularsukzession aufgestellten Theorien einzugehen, würde nützliche Beiträge zur Lösung unserer Aufgabe nicht liefern. Wir erwähnen sie daher nur gelegentlich, soweit dies notwendig erscheint.

[2]) Delbrück a. a. O. S. 10.

[3]) Delbrück S. 108.

gegen den Gläubiger. Daher unterscheidet er folgendermaßen: „Einreden, die auf Tatsachen beruhen, welchen nach die Forderung des Gläubigers überhaupt gar nicht zur Entstehung gekommen oder gleichwohl entstanden, später wieder aufgehoben sei (exceptio simulationis, solutionis usw.), ständen dem Übernehmer zu. Der Übernehmer, der eine solche Einrede geltend mache, tue weiter nichts, als daß er ein Recht, das der Gläubiger sich ihm gegenüber anmaße, verneine". Unter den übrigen Einreden (Einreden im engeren Sinne) unterscheidet er diejenigen, deren Grund schon in der Entstehung der Forderung liege (exceptio doli, metus, S. C. Macedoniani, S. C. Vellejani, laesionis ultra dimidium), und die, welche auf einem entweder schon vor oder erst nach der Entstehung der Forderung begründeten besonderen Rechte des Beklagten beruhen (die aus dem beneficium competentiae entspringenden Einreden, exceptio compensationis, pacti de non petendo, rei iudicatae usw.). Die ersteren gingen unzweifelhaft über. Die letzteren nur, wenn sie übertragbar seien und „zur Schuld im Verhältnis akzessorischer Rechte stünden". Unübertragbar seien die auf das beneficium competentiae sich gründenden Einreden, die den Gerichtsstand betreffenden und die aus dem Indult entspringenden Einreden. Zu den nicht akzessorischen gehöre die exceptio compensationis. Diese könne daher auch der Übernehmer nicht aus der Person des Schuldners geltend machen.[1]) Nach Menzel[2]) könnten von den Einreden im technischen Sinne diejenigen, welche auf besonderen entgegenstehenden Rechten des Schuldners beruhen, vom Übernehmer nur auf Grund besonderer Abtretung geltend gemacht werden. Sie sind nicht „Mängel der Schuld". Die herrschende Meinung, die auch Windscheid[3]) vertritt, war bei Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs die, daß die Forderung „auf den neuen Erwerber übergehe, wie sie beim alten Schuldner war, also mit ihren Mängeln, d. h. sie bleibt behaftet mit den Einreden, mit welchen sie bei dem bisherigen Schuldner behaftet

---

[1]) Ebenso Regelsberger im Arch. f. ziv. Prax. S. 32.
[2]) Menzel a. a. O. S. 678.
[3]) Windscheid, Pand. § 339.

war".[1]) Eine Ausnahme machte man nur für die Kompensationseinrede.[2])

Kurz vor dem Abschluß des Bürgerlichen Gesetzbuchs entstand dieser herrschenden Lehre ein Opponent in v. Blume.[3]) „Wie wollen sich", so fragte er, „mit diesem rein formalen Gesichtspunkte diejenigen Schriftsteller abfinden, welche auf dem bekannten Savignyschen Standpunkte stehen, wonach die exceptio wie in Rom, so noch heute ein Recht des Schuldners zur Abwehr ist, also doch den Tatbestand der Forderung nicht berührt?"[4]) Er unterscheidet daher mit Thon[5]) zwischen rechtsvernichtenden und rechtsverfolgenden Einreden. Erstere stehen ohne weiteres dem Neuschuldner zu. Die rechtsverfolgenden Einreden dürfen — mit besonderen Ausnahmen — dem Neuschuldner nur dann gegeben werden, wenn sie nicht in des ersteren Rechte eingreifen. Man habe daher die rechtsverfolgenden Einreden wieder in „negative Rechte" (exceptio metus, dolis specialis) und „positive Rechte" (exceptio compensationis, non adimpleti contractus, Retentionseinrede) zu teilen. Die Ausübung letzterer entziehe dem Urschuldner immer ein Recht, und daher sei auch die herrschende Lehre bezüglich der Kompensationseinrede über deren Versagung einig. Bei den negativen Rechten unterscheidet er, ob eine wechselseitige oder eine einseitige Obligation vorliegt. Ersterenfalls soll der Übernehmer die erwähnten Einreden (also auch die exceptio doli) nicht erhalten, „da der Urschuldner nicht als Gläubiger aus einer Obligation auftreten könne, die der Neuschuldner zunichte gemacht hat", im zweiten Falle sind

---

[1]) So auch Stobbe Bd. 2 S. 281; Regelsberger in Jherings Jahrb. Bd. 39 S. 469, derselbe in Endemanns Handb. S. 537; Horn S. 65; Wächter Bd. 2 S. 414 ff.; Danz, Die Forderungsüberweisung S. 88 ff.

[2]) Sämtliche in der vorigen Anm. Zitierten.

[3]) v. Blume, Novation S. 121 ff.

[4]) Wir haben diese Auffassung für das römische Recht eingehend widerlegt, halten aber, wie bereits gezeigt, für das heutige Recht an der Auffassung der Einrede im Sinne des BGB. als eines Abwehr- oder Gegenrechtes fest. Obige Frage ist für das BGB. durch § 417 erledigt.

[5]) Thon, Rechtsnorm S. 267 ff.

sie ihm nicht zu versagen. Das Bürgerliche Gesetzbuch[1]) hat jedenfalls diese Unterschiede nicht gemacht. Entsprechend der im gemeinen Recht herrschenden Lehre hat es allerdings in § 417 Abs. 1 Satz 2 bestimmt: „Eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung kann er (der Übernehmer) nicht aufrechnen". Sonstige Ausnahmen hat es nicht gemacht. Nun hat sich allerdings die Sachlage insofern verändert, als wir anders als im gemeinen Recht eine exceptio doli[2]) nicht mehr haben, sondern

---

[1]) Schurter (in der Zeitschr. f. schweiz. Recht Bd. 42 S. 341) hat für das schweizerische Gesetzbuch ebenfalls als Regelung im merklichen Anschluß an v. Blume vorgeschlagen: „Als Regel dürfte der Übergang der mit der Forderung und nicht mit der Individualität des Schuldners zusammenhängenden Einreden aufgestellt werden, in der Meinung jedoch, daß bei den sogen. rechtsverfolgenden Einreden jeweilig zu untersuchen wäre, ob deren Geltendmachung dem Übernehmer mit Rücksicht auf die dadurch beeinflußten Rechte des Schuldners überlassen werden dürfen. Der Gesetzesentwurf betr. die Ergänzung des Entwurfes eines schweiz. Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechts v. 3. 3. 1905 folgt diesem Vorschlag nicht. Er bestimmt zwar mit ausdrücklicher Berufung auf Schurter (S. 21 der Botschaft des Bundesrates) in Art. 1209: „Die Einreden aus dem Schuldverhältnis stehen dem neuen Schuldner zu wie dem bisherigen. Die Einreden, die der bisherige Schuldner persönlich gegen den Gläubiger gehabt. hat, kann der neue Schuldner dem Gläubiger nicht entgegenhalten". Er enthält aber keine Sonderbestimmungen für „rechtsverfolgende Einreden". Da aber Art. 1038 vorschreibt, daß der Vertrag für denjenigen Teil unverbindlich ist, der sich beim Abschluß in einem wesentlichen Irrtum befunden hat, und Art. 1044 bestimmt: Ist ein Teil durch absichtliche Täuschung des anderen zu dem Vertragsschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war, da somit von vornherein ohne Gebrauch einer Anfechtung eine Einrede besteht, so geht diese gemäß Art. 1209 ohne weiteres auf den Schuldübernehmer über. Ob diese Regelung mustergültig ist, ist doch sehr fraglich. Nach dem Entwurf eines ungar. allgem. BGB. § 1271 kann der Übernehmer dem Gläubiger alle Einreden entgegensetzen, die dem Rechtsverhältnis zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Gläubiger entspringen, insofern er nicht im Übernahmevertrag auf sie verzichtet hat. Nun gleicht hier aber die Regelung der unseres BGB. Denn gemäß §§ 987 u. 991 begründen Irrtum und betrügerische Täuschung nur Anfechtbarkeit. Anfechten kann aber nur der sich Irrende, der durch die Täuschung Bestimmte.

[2]) Wir haben übrigens hier einen interessanten Fall der exceptio ex iure tertii vor uns, wie denn überhaupt der Satz: exceptio ex iure tertii

ein Anfechtungsrecht, das, wie wir gesehen haben, unter die Einwendungen nicht fällt. Und da daher eine besondere Regelung für das Anfechtungsrecht nicht vorhanden ist, herrscht über den Übergang desselben nichts weniger als Einigkeit. Es rührt das allerdings zum großen Teil daher, daß das Anfechtungsrecht zu einer Kategorie von Rechten gehört, die man sozusagen erst seit verhältnismäßig kurzer Zeit entdeckt hat und die daher bis heute nur geringe systematische Bearbeitungen gezeitigt haben. Mit dieser Kategorie von Rechten wollen wir uns im folgenden beschäftigen.

§ 10.

Die Gegenrechte im allgemeinen.

Als man die von uns erwähnten historischen Mißverständnisse, welche bezüglich der exceptio herrschten, aufgedeckt hatte, da vertrat ein großer Teil der Schriftsteller, an ihrer Spitze Lenel, die Ansicht, daß die durch Wegfall der exceptio im Rechtssystem entstandene Lücke einer Ausfüllung nicht bedürfe[1]): „Es gibt nur eine Art materiellrechtlicher Verteidigung: Verneinung der Existenz des erhobenen Anspruchs. Ganz unhaltbar aber sind alle Begriffe, welche darauf ausgehen, das Unmögliche möglich zu machen: ein Mittelding herzustellen

non datur zwar als „vulgatum iuris axioma“ galt, aber weder quellenmäßig noch ausnahmslos war (Rauchenberger a. a. O. S. 9 Anm. 2). Herold (in Gruchot Bd. 3 S. 366) hat allerdings bestritten, daß es sich bei der Singularsukzession um exceptiones ex iure tertii handle, „denn wenn letztere auch in der Person eines Dritten entstanden seien und dieser Dritte sie ursprünglich geltend machen konnte, so mache sie doch jetzt dessen Sukzessor im eigenen Namen ex iure proprio und nicht für einen Dritten geltend“. Demgegenüber hat Stammler (Einrede S. 72) mit Recht behauptet, daß dies ja gerade das Wesen der Einrede aus dem Rechte eines Dritten sei, die er im übrigen dann für vorliegend hält, „sobald gegen einen an sich begründeten Anspruch eine rechtsvernichtende oder hemmende Tatsache von jemandem vorgebracht werden könne und nun eine andere Person diese dem Dritten zustehende Einrede für sich benutzen will, um einen auf den gleichen Erfolg gerichteten Anspruch desselben Gläubigers zurückzuschlagen“.

[1]) Lenel, Ursprung S. 137.

zwischen Sein und Nichtsein des Rechts". Demgegenüber stellte Bekker[1]) die „negativen Rechte" auf, d. h. solche Rechte, „deren Wirkung sich darauf beschränkte, die Wirkungen anderer (‚positiver') Rechte zu brechen, und zwar entweder nur zu hemmen oder ganz aufzuheben".

Kohler kam damals zu dem Begriff der „reaktionsunfähigen Ansprüche", an dem er auch heute noch festhält.[2]) „Die Ansprüche könnten in ihrer Wirkung gehemmt sein. Eine solche Hemmung könne von selbst eintreten, indem der Anspruch für eine Zeitlang oder auch für die Dauer kraftlos (reaktionsunfähig) sei. Diese Reaktionsunfähigkeit könne aber möglicherweise so gestaltet sein, daß sie nicht von selbst eintrete, sondern nur dann, wenn der Schuldner eine Gegenerklärung abgebe. Hier spreche man von Einreden." Die Kategorie der negativen Rechte leugnet er ganz.[3]) „Es könne sich hier nur um ‚Befugnisse' handeln, die einfach aus dem Persönlichkeitsrechte hervorgingen. In gewissen Fällen treffe nämlich ein Anspruch die Person in einer solchen Weise, daß ihr die Befugnis[4]) zustehe, ihm entgegenzuwirken." Fischer (S. 103) erfand den Namen „Gegenrecht", den er allerdings nur auf die Einrede[5]) des Bürgerlichen Gesetzbuches anwenden wollte. Dieser Name hat jetzt durch Crome (Bd. 1 S. 176) und Endemann (Bd. 1 § 88) einen umfassenderen Sinn erhalten, indem darunter Rechte verstanden werden,[6]) „durch die einzelnen Personen im Gegensatz zu allen anderen die besondere Möglichkeit gegeben wird, eine ihren Interessen ent-

---

[1]) Bekker, System Bd. 1 S. 89.

[2]) Kohler Bd. 1 S. 180.

[3]) Kohler a. a. O. S. 188.

[4]) Auch die Prot. (Bd. 1 S. 134) leugnen, daß es sich hier um ein subjektives Recht handle. Crome Bd. 1 S. 177. In der Vorlage des Redaktors Teil 1 S. 199 heißt es: „Die Anfechtungsbefugnis ist nicht ein besonderes Recht, sondern sie ist die Macht, durch eine eigene Willensentscheidung die Entscheidung einer das Rechtsgeschäft auflösenden Bedingung herbeizuführen".

[5]) In Jherings Jahrb. (Bd. 34 S. 464) zählt er aber auch zu den Gegenrechten die Anfechtung, Aufrechnung usw.

[6]) Crome Bd. 1 S. 177.

sprechende, für sie vorteilhafte Rechtswirkungen herbeizuführen, und zwar auf Grund freien Willensentschlusses". Diese Rechte teilt Crome in solche ein, „mittels deren die primäre Rechtswirkung vernichtet werden könne, in solche, wodurch sie aufgehoben werde, und in solche, mittels deren der Gegner sich nur weigern kann, dem Hauptrecht, soweit es ihn verpflichtet, zu gehorchen (Einrederecht)".

Enneccerus (Bd. 1 S. 88) hat jetzt neuestens die Kategorie der „Rechte auf Rechtsänderung" aufgestellt, die weiter als der Cromesche Begriff der Gegenrechte die „Erwerbsberechtigungen", die Aufhebungsrechte, die Einreden (Gegenrechte), die Rechtsänderungsrechte im engeren Sinne, d. h. Rechte, ein bestehendes Rechtsverhältnis ohne Aufhebung seiner Identität zu verändern oder näher zu bestimmen (z. B. das Wahlrecht bei der Wahlschuld), und gewisse öffentliche Rechte (Wahlrecht, Recht zur Besetzung öffentlicher Ämter) umfassen. Zitelmann hat den Begriff der „Rechte des rechtlichen Könnens"[1]) in die Rechtswissenschaft eingeführt, der auch von Hellwig angenommen wurde,[2]) während Seckel den Namen „Gestaltungsrechte" geprägt hat. Dieser enthält wiederum nicht die Einrederechte, da dieselben[3]) „nur den einzelnen Akt der Geltendmachung paralysieren",[4]) während er sein Gestaltungsrecht definiert als das subjektive konkrete Privatrecht, dessen Inhalt die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft sei.

---

[1]) Zitelmann, Allgem. Teil S. 23.

[2]) Dieser scheidet jedoch die Rechte an Rechten aus, die Zitelmann mit einbegreift. Hellwig, Zivilprozeß § 34.

[3]) Seckel a. a. O. S. 209 Anm. 1.

[4]) Matthiaß (S. 29) adoptiert zwar den Namen Gestaltungrechte, rechnet aber zu ihnen auch die Einreden.

§ 11.

Die Übertragbarkeit des Anfechtungsrechtes, insbesondere sein Übergang auf den Schuldübernehmer.

Was nun die Übertragbarkeit der oben erwähnten Rechte anlangt, so ist eine allgemein gültige Formel bisher noch nicht herrschend geworden, und wie Seckel meint,[1]) wird die Aufstellung derselben „der Theorie noch manches Kopfzerbrechen machen".

Hellwig[2]) hat folgende Leitsätze aufgestellt: „Die Rechte des rechtlichen Könnens sind niemals selbständig (für sich allein) übertragbar. Sind sie aber in einem Rechtsverhältnis derart enthalten, daß sie als dessen Ausfluß und Bestandteil erscheinen, so gehen sie auch auf den Rechtsnachfolger in jenes Rechtsverhältnis über, ebenso auf einen Singularsukzessor, wenn dieser in das gesamte Rechtsverhältnis eintritt". Bezüglich der Schuldübernahme hat er sich hier nicht näher ausgesprochen. Während er aber früher annahm,[3]) daß der Schuldübernehmer kündigen, anfechten und zurücktreten könne, wie er andererseits nunmehr der Adressat für diese Erklärungen sei, scheint er jedenfalls für wechselseitige Schuldverhältnisse diese Ansicht aufgegeben zu haben, da er an anderer Stelle meint[4]): „Erhebt ein anderer als der Anfechtungsgegner den Anspruch oder wird dieser gegen einen anderen als den Anfechtungsberechtigten erhoben, so ist m. E. das eine sicher, daß gegenüber dem Dritten und von dem Dritten keinesfalls die Anfechtung geschehen kann. Denn die Anfechtung kann sich nach Wortlaut und Zweck des § 143 nur zwischen den hier bezeichneten Personen abspielen, da sie nicht nur den Anspruch, sondern die ganze Wirkung des Geschäftes aufhebt und die Entscheidung hierüber den Beteiligten — bei dem Vertrage den Kontrahenten — vorbehalten sein muß". Als Beispiel hierfür führt er an: Die Kaufgeldschuld, wegen welcher

---

[1]) Seckel a. a. O. S. 220.
[2]) Hellwig, Zivilprozeßrecht S. 290.
[3]) Hellwig, Verträge S. 184 Anm. 356.
[4]) Hellwig, Anspruch S. 17 und dort Anm. 38.

der Bürge, der Schuldübernehmer, der offene Handelsgesellschafter in Anspruch genommen wird, ist anfechtbar.

v. Tuhr (S. 225 ff.) unterscheidet Gestaltungsrechte, die als untrennbare Bestandteile mit einem Rechtsverhältnis oder Recht, insbesondere einer Forderung verbunden seien. Rücktritt und Anfechtungsrecht seien Bestandteile des Schuldverhältnisses und „ständen stets dem Träger[1]) desselben zu, nicht dem Zessionar einer Forderung oder dem Übernehmer einer Schuld, die aus dem Rechtsverhältnis hervorgegangen sei".

Bezüglich des Anfechtungsrechtes geht Seckel[2]) von dem zusammenfassenden Satze aus: „Das Anfechtungsrecht gehe nicht über, wenn seine Ausübung auch die Rechtssphäre des Rechtsvorgängers berühren würde, dagegen gehe es über, wenn sich die Anfechtungswirkungen in den Grenzen der eigenen Rechtssphäre des Sukzessors hielten".[3]) Unter diesem Gesichtspunkt läßt er beim einseitigen Vertrag (Schenkungsversprechen) das Anfechtungsrecht auf den Schuldübernehmer übergehen, da der Urschuldner „nicht das mindeste materielle Interesse an der Anfechtung habe". Zu demselben Ergebnis muß Hellwig nach seinen Leitsätzen kommen, da bei dem einseitigen Vertrage sich das Schuldverhältnis in der Verpflichtung erschöpft und daher der Schuldübernehmer in das gesamte Rechtsverhältnis eintritt.[4]) Beim zweiseitigen Vertrag bleibt nach Seckel das Anfechtungsrecht beim Käufer, „denn wenn hier der Schuldübernehmer anfechten könnte, so würde er sich suo iure von der übernommenen Verpflichtung befreien können und z. B. den Käufer ohne weiteres zur Rückgabe der Kaufsache verpflichten". Auf diese Schwierig-

---

[1]) Von demselben Gesichtspunkt aus gelangt Salinger in Kohlers Arch. Bd. 28 S. 90 dazu, dem Mitübernehmer stets das Anfechtungsrecht zu gewähren, da er Herr des Schuldverhältnisses sei wie der Urschuldner selbst. Letzteres trifft jedenfalls für zweiseitige Verträge nicht zu.

[2]) Seckel a. a. O. S. 228.

[3]) Wir finden hier denselben Grundgedanken, den wir bereits bei v. Blume entdeckten, wieder. Letzterem schließt sich übrigens für das BGB. Heil a. a. O. S. 87 völlig an. Für Seckel auch Fontheim a. a. O. S. 80 und ebenso im Ergebnis Reichel a. a. O. S. 580. Ferner Schippan a. a. O. S. 19 ff.

[4]) So auch Seckel a. a. O. S. 224, 225 Anm. 4.

keit weist auch Strohal (a. a. O. S. 95 Anm. 142) hin, da durch die Anfechtung des Übernehmers ohne Rücksicht auf den Willen des Altschuldners bewirkt werden könne, daß jener den Kaufgegenstand, den er behalten wolle, wieder zurückgeben müsse. Man muß zugeben, daß Seckel die Interessen richtig abgewogen hat, wenn auch, wie wir bereits an mehreren Stellen hervorzuheben Gelegenheit hatten, seine Begründungen nicht immer richtig sind, und daß de lege ferenda die von ihm vorgeschlagene Regelung — vorausgesetzt, daß es gelänge, einen einheitlichen Grundsatz hierfür aufzustellen, da die kasuistische Behandlung der Frage durch Seckel für die Praxis jedenfalls ungeeignet ist — vielleicht die zweckmäßigste wäre, de lege lata ist sie unbrauchbar. Denn alle diese Ausführungen, sowohl die Hellwigs wie v. Tuhrs, als auch Seckels, haben den einen großen Fehler, daß sie nicht auf dem Boden des Gesetzes stehen. Wenn wir die §§ 119, 123 BGB. betrachten, so heißt es überall: Wer bei der Abgabe der Willenserklärung im Irrtum war, wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung usw. bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten. Das Anfechtungsrecht erscheint hier überall an die betreffende Person gekettet, und wir halten es daher nach dem Wortlaut des Gesetzes überhaupt für unübertragbar.

Dieser Auffassung war man auch in der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes.[1]) Bei der Erörterung der Frage, ob der Bürge berechtigt sei, ein dem Hauptschuldner zustehendes Rücktritts- oder Anfechtungsrecht gegenüber dem Gläubiger geltend zu machen, wurde ausdrücklich bemerkt: „Das Anfechtungsrecht sei ein rein persönliches Recht des Schuldners“. Dem widerspricht nicht, daß es auf den Erben übergeht, was kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung (§ 124 Abs. 2 Satz 2 mit § 207) der Fall ist.

Ist das Anfechtungsrecht aber überhaupt nicht übertragbar, so erhellt auch, daß es nicht auf den Schuldübernehmer übergehen kann, daß es vielmehr in Übereinstimmung mit den bestehenden Vorschriften über die Anfechtung und in Ermanglung

[1]) Prot. Bd. 2 S. 465.

exzeptioneller Vorschriften für den Urschuldner bei diesem verbleibt.[1])

[1]) Für Übertragbarkeit des Anfechtungsrechtes überhaupt sprechen sich außer den Genannten aus Bruck a. a. O. S. 50; Zitelmann, Internationales PrivR. Bd. 2 S. 35. Auf den Schuldübernehmer lassen es außer den Genannten übergehen Staudinger-Kuhlenbeck zu § 417 III, 1; Endemann S. 891 Nr. 4; Eck, Verträge Bd. 1 S. 407 Ziff. 4. Gegen den Übergang haben sich mit uns ausgesprochen v. Tuhr, Allgem. Teil S. 226; Stammler, Einrede S. 20; Fischer-Henle § 417 Anm. 2; Langheineken S. 317; Detert a. a. O. S. 71; Rappaport S. 93; Goldmann-Lilienthal S. 453 Anm. 4; Rehbein Bd. 2 S. 419; Oertmann Bd. 2 S. 295 Nr. 4; Crome Bd. 2, 1 S. 357 Anm. 7; Müller-Meikel Bd. 1 S. 317; Westerkamp S. 429; Schollmeyer, Komm. § 417, 1a; Strohal, Schuldübernahme S. 97 ff.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 27. Februar 1888 wurde ich, Hans Schlesinger, in Oppeln geboren als Sohn des jetzigen Sanitätsrats Dr. med. Ismar Schlesinger und seiner Ehefrau Hedwig geb. Lohnstein. Ich bin jüdischer Konfession und preußischer Staatsangehöriger.

Ich besuchte das Kgl. katholische Gymnasium zu Oppeln, das ich Oktober 1907 mit dem Reifezeugnis verließ.

Darauf studierte ich sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar zwei Semester in München, das folgende in Berlin, das vierte wiederum in München und die beiden letzten in Breslau, wo ich am 24. November 1910 die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „gut“ und am 19. Dezember 1910 das Rigorosum bestand.

Zurzeit bin ich dem Kgl. Amtsgericht in Oberglogau als Referendar zu meiner Ausbildung überwiesen.